

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية



السنة الخامسة عشرة (١٩٧٠)

العدد الأول

مَجَلَّةُ الْحُقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيَّةِ وَالْاِقْتِصَادِيَّةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور مهنين كبره

السنة الخامسة عشرة (١٩٧٠)
العدد الأول

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٧١

تقديم

بدأت مجلة الحقوق منذ العام الفاتت تطابق ما بين تاريخ العدد وتاريخ الصدور ، ولكن ثمّ مطابقة أخرى بقيت واجبة .

فقد بدأت هذه المجلة في سنها الأولى بالصدور في أربعة أعداد متفرقة سنوياً . ثم اضطرها ضغط المصروفات وقلة التوزيع المحتوم لمجلة لها مثل هذا الطابع الأكاديمي المحض إلى الاكتفاء بالصدور مرتين في العام . ولكنها ظلت متمسكة بالصيغة الأولى بحيث كان كل مجلد يشير إلى ضمه عددان معاً.

وإذا كان لهذا المسلك ما يبرره من ارتقاب العودة إلى الصدور في أربعة أعداد متفرقة في السنة ، فمن الأفضل مع ذلك - في انتظار الظروف المواتية لتحقيق هذا الأمل - العمل على مطابقة الواقع . ولذلك تبدأ المجلة من هذا العام الخامس عشر الصدور سنوياً في عددان اثنين ، مواصلة السير قدماً في سبيل نشر الفقه القانوني الرفيع ، لا يعنينا الكم بقدر ما نحرص على الكيف .

رئيس التحرير

الفهرس

صفحة

الجلدله فى عقد التحكم واجراءاته	
الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا	٣
التنازع الزمنى لقوانين المرافعات	
الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا	٣١
علم التنظيم وعلوم الادارة	
الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا	١١١
قاعدة الزامية السابقة القضائية وأقولها فى القانون الانجلىزى الحديث	
الدكتور برهام محمد عطا الله	١٢٧
أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان	
الأستاذ الدكتور توفيق حسن فرج	١٨٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الجدید فی عقد التحکیم واجراءاته

بمقتضى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨

الاستاذ الدكتور احمد أبو الوفا

١ - مقدمة :

الجدید فی عقد التحکیم واجراءاته بمقتضى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ليس بجديد علينا ، فقد كان هو ما انتهينا اليه من دراستنا السابقة للتحکیم (١).

ولعل أهم مستحدثات القانون الجديد فى باب التحکیم هو النص على وجوب تعيين اشخاص المحکمين فى الاتفاق على التحکیم أو فى اتفاق مستقل (م ٥٠٢/٣ منه) ، والنص بالتالى على أن أحكام المحکمين لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف (م ٥١٠) .

وجاء فى المذكرة التفسيرية للقانون لتبرير ما تقدم «... ان الثقة فى حسن تقدير المحکم وفى حسن عدالته هى فى الأصل مبعث الاتفاق على التحکیم» .

وقلنا من قبل (٢) « حقيقة المقصود من التحکیم الاستغناء به عن الالتجاء إلى القضاء ، وكثيراً ما تكون الثقة فى حسن تقدير المحکم وفى حسن عدالته هى مبعث الاتفاق على التحکیم ، ومن هذا الاتفاق ينبثق الحكم . لهذا يكون من المغالاة فى التمسك بالشكليات : بل نقول من المغالاة فى تحقيق ضمانات الخصوم أن يكون حكم المحکم قابلاً للطعن . ومن الغريب أن يجيز المشرع التحکیم ، ثم يجيز استئناف حكم المحکم أمام المحاكم ، وتأخذ بعدئذ الاجراءات سبيلها إلى طبقات المحاكم المختلفة بينما تكون قد بدأت بالتحکیم بقصد تفادى السير فى هذه الاجراءات واختصارها » .

(١) انظر كتاب التحکیم بالقضاء وبالصلح للدكتور احمد أبو الوفا سنة ١٩٦٤ .

(٢) المرجع المتقدم رقم ١٢٥ ص ٣٠٥ و ٣٠٦ .

وللأسباب المتقدمة نص القانون الجديد أيضاً على أن المحكمين يصطلحون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات عدا مانص عليه في باب التحكيم^(١). (م/٥٠٦).

وقلنا أيضاً من قبل (٢) (٣) « انه لما كانت المادة ٨٣٠ (من القانون السابق) تنص على أنه لا ينقضي التحكيم بموت أحد الخصوم إذا كان ورثته جميعاً راشدين وانما يمتد الميعاد المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوماً ، وكان هذا النص المنقول عن المادة ١٠١٣ من القانون الفرنسي محل نقد لانه يقرر امتداد الميعاد ثلاثين يوماً وقد لا تكفي هذه المدة لاصدار الحكم لانه يتعين أولاً تنظيم أمر التركة والفصل في كل نزاع يتعلق بتحديد ورثة المتوفي وقد يطول أمد النزاع في هذا الصدد ، كما أن هذا النص لم يتناول حالة فقد أهلية الخصوم فيكون من الأوفق النص على أن الخصومة تنقطع أمام المحكم لقيام سبب من أسباب انقطاع المقررة في القانون ، على أن يترتب على الانقطاع أثره المقرر قانوناً في وقف المواعيد وبطلان الاجراءات التي تحدث أثناء الانقطاع لمصلحة من قام به سببه » .

وجاءت هذه العبارة المتقدمة بذاتها في المذكرة التفسيرية للمادة ٥٠٤ من القانون الجديد التي تنص على أن « الخصومة أمام المحكم تنقطع إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة المقررة في هذا القانون . ويترتب على هذا الانقطاع الآثار المقررة في هذا القانون » .

وقلنا أيضاً انه يجب النص صراحة على أن تنفيذ الحكم يقف بقوة القانون بمجرد رفع الدعوى بطلانه^(٤) . وجاءت المادة ٥١٣/٢ من القانون الجديد تنص على أنه « يترتب على رفع الدعوى بطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه ما لم تقض المحكمة باستمرار هذا التنفيذ » .

(١) المرجع السابق رقم ٨٨ .

(٢) المرجع السابق رقم ١٢٥ ص ٣٠٧ .

(٣) انظر في موسوع التحكيم على درجة الخصوص

Alfred Bernard : L'arbitrage volontaire en droit privé 1937.

Van Lencp : Recueil de jurisprudence française et Belge en matière d'arbitrage.

Jean Robert : Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne 1937.

Le Balle : L'arbitrage (1945 - 1946).

(٤) رقم ١٢٥ ص ٣٠٦ من المرجع المتقدم .

وفى على دراسة لما تقدم ، أو بعبارة أدق ، استكمال للدراسة سابقة
فى ضوء النصوص المستحدثة . وليست هذه الدراسة هى الأولى للتحكيم
بعد العمل بالقانون الجديد (١) ، فقد تقدم الزميل الدكتور ابراهيم نجيب
سعد إلى جامعة باريس برسالة قيمة فى « حكم المحكم La sentence arbitrale »
تناولت دراسة هذا الموضوع فى كل من القانون الفرنسى والمصرى
السابق والجديد ، ونال بها الدكتوراه بتقدير « جيد جداً » (٢) .

ولقد سعى الدكتور ابراهيم نجيب سعد هو الآخر من جانبه إلى محاولة
تنقية نظام التحكيم من الشوائب التى تعوق المقصود منه . وانتهى فى رسالته
إلى تأييد القانون الجديد فى بعض مما تقدم .

وبعبارة تفصيلية ، تناولت الرسالة - فى نطاق موضوعها وفى حدوده -
التعريف بالتحكيم دون الاعتماد بالمبادئ التقليدية ومحاولة ربطه بالعقد
أو بالحكم القضائى . وإنما بالنظر إلى الهدف الذى يرى إليه الخصوم من ولوجه
وهو السعى إلى العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدى للعدالة أمام
المحاكم . وبذلك ينتهى التحكيم إلى كونه أداة خاصة لتطبيق قواعد خاصة
يتحدث من وراءها الهدف الذى يسعى الخصوم للوصول إليه . ومن هنا تبلو
بوضوح الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم . ويبدو بوضوح مدى تأثير العنصر
التعاقدى (مشارطة التحكيم) على حكم المحكم . فالدعوى بطلب بطلان حكم
المحكم تتصل فى مجموعها بحالات تعيب عقد التحكيم . وهى بهذا الوصف
تثير الشك فى الصفة القضائية لحكم المحكم . مما يبرر وقف تنفيذه بمجرد
رفعها . وهى أيضاً - وبالوصف المتقدم - تكفى وحدها كوسيلة للتظلم
من الحكم . (وهذا ما انتهى إليه قانون المرافعات المصرى الجديد) .

ومما تقدم يتضح أن حكم المحكم لا يعد مجرد أثر من آثار التعاقد . كما أنه من
العسر اعتباره حكماً قضائياً بحتاً . وإنما هو عمل قضائى Acte juridictionnel ذو
طبيعة خاصة ، ولا يمكن فهمه إلا فى ضوء ارتباطه بنظام التحكيم فى مجموعة .

(١) مع مراعاة الدراسة السريعة للموضوع فى كتاب التعليق على نصوص قانون
المرافعات الجديد للدولف .

(٢) فى ٤ يويه ١٩٦٩ ، وهذه الرسالة تم طبعه بعد .

وبعبارة أخرى ، حكم المحكم هو عمل قضائي من نوع خاص لأنه لا يصدر عن السلطة القضائية ، ولأنه لا تتبع بصدده الاجراءات القضائية المتبعة أمام المحاكم ، ولأنه لا يصدر في ذات الشكل المقرر للأحكام القضائية ، ولأنه من ناحية أخرى ، قد لا تطبق بصدده قواعد القانون التقليدية المقتنة وإنما يرجع في صده إلى العرف والعدالة (١).

٢ - تعيين شخص المحكم عنصر جوهري في عقد التحكيم :

تنص المادة ٥٠٢/٣ على أنه «مع مراعاة ما تقتضي به القوانين الخاصة يجب تعيين اشخاص المحكمين في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل». (ولقد أوجب القانون الجديد اتفاق الخصوم على شخص المحكم ، لأن الاتفاق على التحكيم يقوم أساساً ومبعثه الثقة في حسن تقدير المحكم وفي حسن عدالته .

ويستوى أن يتم الاتفاق على شخص المحكم في صلب عقد التحكيم — شرط أو مشاركة — أو يتم في اتفاق مستقل . ويستوى أن يكون هذا الاتفاق المستقل سابقاً للعقد أو تالياً عليه .

والجدير بالذكر أن القانون السابق الذي كان يوجب في التحكيم بالصلح ذكر جميع أسماء المحكمين المصالحين في صلب العقد وإلا كان باطلاً كان يجيز اتفاق الخصوم على المحكمين المصالحين في عقد مستقل بشرط أن يكون هذا العقد سابقاً على عقد التحكيم (م ٨٢٤ من القانون السابق) ، وذلك حتى يتحقق القانون تماماً من أن أسماء المحكمين المصالحين كانت واضحة جلية في أذهان الخصوم قبل الاتفاق على التحكيم . وان هذه الأسماء هي التي أوحى اليهم بالثقة في اجراء التحكيم بالصالح (٢) .

ولقد أحسن القانون الجديد بعدم النص على ترتيب زمني بين الاتفاق على التحكيم والاتفاق على شخص المحكم ؛ فمن الجائز أن يتبا معاً أو أن يتم هذا قبل ذاك أو بعده .

(١) المرجع السابق .

(٢) التحكيم بالقضاء وبالصلح رقم ٢٢ ص ١٦٣ وص ١٦٤ .

ويجب أن يثبت بالكتابة اتفاق الخصوم على شخص المحكم وذلك عملاً بالمادة ٢/٥٠١ التي تنص على أنه لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة ، فالكتابة لازمة بالنسبة إلى كل عنصر من العناصر المكونة للاتفاق (١) . وإنما إذا حضر خصم جلسة تحكيم بمحكم اختاره الخصم الآخر وحده ، وتكلم الخصم في الموضوع في الجلسة فانه يكون بذلك قد قبل اختيار ذلك المحكم (٢) .

وبداهة من الجائز اثبات موافقة الخصم على شخص المحكم بالاقرار أو بتوجيه إيتين الحاسمة ، لأن كل ما يتطلبه القانون أن يكون الاتفاق على التحكيم على شخص المحكم ثابتاً بصورة لا تقبل الشك ، فالكتابة شرط لاثبات العقد لا لوجوده (٣) .

وإذا اتفق في عقد تحكيم على ثلاثة محكمين ، وتم اختيار أحدهم فقط ، وحضر الخصوم أمامه جلسة التحكيم ، فان هذا يعتبر بمثابة تعديل لعقد التحكيم والاكتفاء بمحكم واحد .

وإنما إذا اتفق على ثلاثة محكمين . وتم اختيار اثنان منهم فقط ، وحضر الخصوم أمامهما جلسات التحكيم فان هذا لا يصحح البطلان المنصوص عنه في المادة ٢/٥٠٢ التي توجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وتراً (٤) . ولا بد - حتى ينفذ عقد التحكيم من اختيار المحكم الثالث .

ومن الجائز اتفاق الخصوم على تحويل شخص معين باسمه أو بصفته - اختيار المحكم أو المحكمين .

(١) أنظر استئناف اسبوط ١١ فبراير ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ من ١٨٣
(٢) أنظر برنار رقم ٩٩ وكاريه وشوفنو ٤ رقم ٢٢٧٢ وجارسونية ٨ رقم ٢٤١ - وراجع بالنسبة إلى التحكيم بالصلح في ظل القانون السابق قض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ المحاماه ١٣ من ١٠٢٩ .

(٣) الفريد برنار من ٥٢٠ Van Lennep رقم ٥٠ وما أشار إليه من احكام ومراجع .

(٤) قض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ المحاماه ١٣ من ١٠٢٩ .

كذلك من الجائز تعيين المحكم بصفته إذا كانت هذه الصفة تصلح لتحديد شخص معين بذاته .

وبناء على ما تقدم لا يوجد تحكيم ولو لم يكن المحكم مفوضاً بالصلح إن لم يتفق الخصوم على شخص المحكم ، ولا قيمة لعقد تحكيم لا يتفق الخصوم فيه أو في ورقة لاحقة أو سابقة على اسمه ، فالعقد لا ينفذ في هذا الصدد .

وتوحى الفقرة الثالثة من المادة ٥٠٢ بأن التعاقد على التحكيم قد يتم على مرحلتين ، المرحلة الأولى هي الاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم ، والمرحلة الثانية هي الاتفاق على شخص المحكم .

ويؤثر الخلاف حول الطبيعة القانونية للاتفاق في مرحلته الأولى ، وفيما إذا كان يعتبر ملزماً للطرفين ، بحيث يتعين عليهما اتمامه بالاتفاق على شخص المحكم أم أن كلا منهما يملك التحلل منه . وفي الفرض الأول يلزم المحل بالتزامه بالتعويض فضلاً عن جواز توقيع غرامة تهديدية عليه حتى يقوم بتنفيذ ما التزم به عيناً .

وقد يقال ان الاتفاق على التحكيم دون الاتفاق على شخص المحكم يعتبر عقداً معلقاً على شرط واقف لأن هذا الشرط . وإن كان شرطاً إرادياً متروكاً لمطلق ارادة الملزم إلا أنه يتصل بعقد ملزم للجانبين . إذا اتفق الطرفان على شخص المحكم تحقق الشرط بأثر فوري .

وقد يقال أيضاً في تكيف عقد التحكيم الذي لا يتفق بصده على شخص المحكم انه يعتبر قابلاً للإبطال (أى باطلاً بطلاناً نسبياً) ، وان الاتفاق بعدئذ على شخص المحكم يزيل هذا البطلان . وقد قيل فعلاً في فرنسا ان شرط التحكيم يكون باطلاً بطلاناً نسبياً لعدم تضمينه موضوع النزاع واسماء المحكمين وفقاً لما تقضى به صراحة المادة ١٠٠٦ من قانون المرافعات الفرنسي ، وان شرط التحكيم ينشئ التزاماً بعمل ومن ثم لا يمكن اجبار المتعاقد على تنفيذ ما التزم به واختيار المحكمين عملاً بالمادة ١٠٠٦ المتقدمة ، وان هذا

البطلان النسبي يزول (بغير أثر رجعي) إذا تم تنفيذ الشرط اختياراً ، أو
تم قبول الشرط بعد قيام الخلاف (١) .

وحكم - في ظل القانون السابق الذي يوجب في التحكيم بالصلح
أن يكون عدد المحكمين وترأ ، وان تعين اسماء المحكمين في المشاركة أو في
عقد سابق عليها عملاً بالمادة ٨٢٣ والمادة ٨٢٤ منه - ان البطلان الناشئ
عن مخالفة ذلك هو بطلان من النظام العام (٢) .

وفي نظرنا ان محل عقد التحكيم قد أصبح بمقتضى قانون المرافعات
الجديد هو الاتفاق على حسم النزاع بواسطة محكم معين بشخصه (٣) . ولم يعد
هذا المحل مجرد اتفاق الخصوم على طرحه على محكم دون المحكمة المختصة
أصلاً بنظر النزاع ، بحيث إذا لم يتم الاتفاق على شخص المحكم في صلب عقد
التحكيم أو في عقد مستقل لا نكون أمام عقد تحكيم بسبب تخلف محله
وانتفاءه ، فيكون التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً . وقد يعد معلوماً في رأى
آخر . ومثل ذلك مثل عقد بيع يفتر إلى محله .

واذن . وأياً كان الرأى في صدد تكييف عقد التحكيم الذي لا يتفق
فيه على شخص المحكم . فان التحكيم لا ينفذ - ولا ترتب آثاره الإيجابية
أو أثره السلبي بامتناع المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع عن نظره - الا باتفاق
الخصوم على شخص المحكم .

(١) راجع قس فرنسي في ٢٢ يناير ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ ص ٢٣٩ واحكام النض
الأخرى والراجع المشار إليها في كتاب التحكيم ص ١٦ .

(٢) قس ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ انضمام ١٥ ص ١٨٠ والاحكام الجديدة المشار إليها
في المرحم السابق رقم ٧٣ ص ١٦٢ وما يليها والاحكام المشار إليها فيه .

(٣) إذا اتفق على التحكيم في الخارج في حالة يجوز فيها ذلك طبقاً للقانون المصري ، ورفع
النزاع في مصر جاز التمسك بفسط التحكيم في الخارج ولو لم يتفق على شخص المحكم مادام قانون
الدولة المنفق فيها على إجراء التحكيم فيها لا يوجب الاتفاق على شخص المحكم ، ويجوز تعيينه
بواسطة المحكمة .

وإذا توفى المحكم أو فقد أهليته أو اعتزل ، أو حكم برده ، فلا ينفذ عقد التحكيم إلا باتفاق جديد من الخصوم على شخص المحكم الجديد . وكذلك الحال إذا حرم المحكم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو أفلس دون أن يرد له اعتباره . ولا تملك المحكمة في كل الحالات المتقدمة أو في أية حالة أخرى تعيين المحكم .

وهكذا يختلف القانون الجديد عن القانون السابق اختلافاً جوهرياً في هذا الصدد ذلك لأن القانون السابق كان يجيز التحكيم بالقضاء بغير اتفاق على شخص المحكم ، ويجيز للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع تعيين المحكم (م ٨٢٥ منه) . أما في التحكيم بالصلح في القانون السابق ، فقد كان يجب اتفاق الخصوم على شخص المحكم وإلا كان التحكيم باطلاً .

ويستفي القانون الجديد مما تقدم ما قد تقضى به أية قوانين خاصة .

ويلاحظ أن القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ يحدد كيفية تشكيل هيئات التحكيم التي تنظر المنازعات الناشئة بين شركات القطاع العام والمنازعات بينها وبين جهات الحكومة (١) . كما يلاحظ أن القرارات الصادرة من تلك الهيئات لا تعتبر بمثابة عمل قضائي بمعناه الخاص ، لأن العمل القضائي لا يصدر إلا في خصومة تتوافر فيها الغيرية بين طرفيها . فإذا كان المدعي هو المدعى عليه لا تنشأ الخصومة l'instance ، فلا تعتبر بمثابة خصومة تلك التي تنشأ بين شركات القطاع العام أو بين الحكومة وتلك الشركات ، لأنه وإن كان لكل شركة من تلك الشركات شخصيتها المعنوية وشكلها القانوني كشركة ، وإن كانت تملك مقاضاة الغير وملك الغير مقاضاتها (٢) إلا أن اجتماع جميع أسهمها في يد شخص واحد هو الدولة

(١) قضت محكمة النقض في ١٢/٢٨/١٩٦٧ لسنة ١٨ م ١٩٠١ بوجوب استثناء المنازعات المطروحة على محكمة النقض من اختصاص هيئات التحكيم ، وعند قض الحكم بحال النزاع إلى هيئات التحكيم التي أحلها المشرع محل محكمة الموضوع .

(٢) أنظر كتاب المرافعات الطبعة التاسعة لهؤلف رقم ٢٣٥ م والمرجع المشار إليه فيه .

ينفى حتماً الغيرية في المنازعات التي تنشأ فيما بينها (١) (٢) . ومن المتصور أن تفضى تلك المنازعات المتقدمة (والتي يقصد منها في الواقع القاء الالتزامات والخصوم من ميزانية شركة إلى أخرى) بوساطة لجنة إدارية أو لجنة وزارية . كل هذا ما لم ينص في صلب القانون على أن يكون للعاملين في الشركة نصيب محدد من الأرباح ، عندئذ تتوافر للشركة مصلحة جديدة أكيدة في منازعتها مع الشركات الأخرى أو مع المصالح الحكومية (٣) .

وبداهة ما تقدم لا ينفى اعتبار هيئات التحكيم السابقة بمثابة هيئة قضائية متخصصة بحيث يمكن أن تنشأ حالة من حالات تنازع الاختصاص بينها وبين جهات القضاء الأخرى عملاً بنصوص قانون السلطة القضائية (٤) . كما أن هذه الهيئات تملك إحالة الدعوى التي تفضى فيها بعدم اختصاصها بنظرها إلى جهة القضاء المختصة ، في الرأي الذي يطلق المادة ١١٠ من قانون المرافعات لتواجه كل حالات عدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة (٥) .

(١) وإذا كنا من أوائل من نادى بوجوب تنظيم التحكيم بين شركات القطاع العام (كتاب التحكيم سنة ١٩٦٤ س ٢٠٨) فقد كان ذلك بقصد انتهاء الخصومات القائمة أمام المحاكم بين تلك الشركات ، أو بينها وبين الحكومة .

(٢) أنظر في تكييف التحكيم للتقدم رسالة الدكتور إبراهيم نجيب سعد رقم ٨٨ س ١٢٤ وما يليها والمراجع المشار إليها فيها .

(٣) أما مجرد الرغبة في التخفيف من ميزانية الشركة وهو الدافع الحقيقي في الوقت الحاضر للالتجاء إلى التحكيم ، فإنه لا يترتب بمثابة المصالحة الحقيقية القانونية التي يتوافرها تنشأ الغيرة بين شركات القطاع العام . كل هذا مع مراعاة رغبة الحكومة في بث روح المنافسة بين تلك الشركات ، إذ أن هذا العامل هو أدنى بحث لا يقوى على إنشاء المصلحة القانونية في الخصومة .

(٤) أنظر في التعريف بالهيئة القضائية كتاب التطبيق على نصوص قانون المرافعات الجديد للمؤلف عن المادة ٤٢ رقم (٢) .

يلاحظ كما رأينا في كتاب التحكيم أن الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم هو من الدفع بعدم انقبول شأنه شأن الدفع بسبق الاتفاق على الصلح مثلاً ، فكلاماً لا يسقط الحق في التمسك به بمجرد التكلم في الموضوع ، لأن التمسك بتنفيذ عقد ما لا يمكن أن يسقط بمجرد التكلم في الموضوع .

(٥) أنظر المرجع المتقدم بصدده المادة ١١٠ .

٣ - منع استئناف أحكام المحكمين :

تنص المادة ٥١٠ من قانون المرافعات الجديد على أن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف . وهذا النص يقوم أساساً على نص المادة ٢/٥٠٢ التي توجب تعيين اشخاص المحكمين في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل . فتي تم تعيين المحكمين بواسطة الخصوم أنفسهم لا يكون هناك أى معنى لاجازة استئناف حكمهم أمام محكمة تتبع جهة القضاء .

ويلاحظ أن نص المادة ٥١٠ قد منع فقط استئناف الحكم المتقدم . وهو يقبل التماس إعادة النظر وفقاً لنص المادة ٥١١ . وإذا صدر الحكم في التماس من محكمة الاستئناف (كما إذا اتفق على التحكيم في الاستئناف) فانه يكون قابلاً للطعن بالنقض إذا توافرت شروط هذا الطعن ، ولا يكون بطبيعة الحال قابلاً للطعن فيه بالتماس مرة أخرى عملاً بالمادة ٢٤٧ .

وإذا حلت هيئة التحكيم محل محكمة الدرجة الأولى ، وطعن بالتماس في الحكم الصادر من تلك الهيئة ، فان الحكم الصادر في التماس لا يقبل الاستئناف بعدئذ ولو لم يكن قد صدر في حدود النصاب الانتهائي لمحكم الدرجة الأولى (١) . وذلك لأن الاستئناف . وهو طريق طعن عادى ، لا يقبل بعد ولوج طريق طعن غير عادى وهو التماس إعادة النظر . هذا على الرغم من أن القانون لا ينص صراحة على منع هذا الاستئناف ، وإنما القاعدة الأساسية المتقدمة تقتضيه .

ويلاحظ من ناحية أخرى . أن منع استئناف أحكام المحكمين قد جاء بلفظه . ولم ينص القانون على مجرد اعتبار الحكم انتهائياً . ومن ثم هذا الحكم لا يكون قابلاً للاستئناف استثناء من القواعد العامة وعملاً بالمادة ٢٢١ التي تنص على جواز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة

(١) الفريد برنار رقم ٦٤٥ .

الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الاجراءات أثر في الحكم .
ويكون مثل هذا الحكم الصادر من هيئة التحكيم قابلاً للبطلان بدعوى
البطلان عملاً بالمادة ٥١٢ .

كذلك يكون حكم المحكمين غير قابل للاستئناف استثناء من القواعد
العامة عملاً بالمادة ٢٢٢ التي تنص على جواز استئناف جميع الأحكام الصادرة
في حدود النصاب الانتهازي إذا كان الحكم صادراً على خلاف حكم سابق
لم يحز قوة الأمر المقاضي به . ومثل حكم المحكمين المتقدم يكون قابلاً للبطلان
بدعوى البطلان عملاً بالمادة ٥١٢ وعلى اعتبار انه قد صدر في مسألة سبق
صدور حكم فيها ويمنع المشرع إعادة نظرها منعاً متعلقاً بالنظام العام (أنظر
المادة ٥٠١/٤ من قانون المرافعات والمادة ٥٥١ من القانون المدني والمادة ١١٦
من قانون المرافعات) .

ولا يجوز الطعن بالنقض في أحكام المحكمين عملاً بالمادة ٢٤٩ التي تنص
على ان الخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي – أيا كانت
المحكمة التي أصدرته – فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين
الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي . ويكون مثل الحكم المتقدم
قابلاً للبطلان عملاً بالمادة ٥١٢ وعلى ما قدمناه .

وإنما حكم القضاء الصادر على خلاف حكم محكمين يكون قابلاً للاستئناف
أو النقض عملاً بالمادة ٢٢٢ أو المادة ٢٤٩ حسب الأحوال .

٤ – لا يتقيد المحكمون باجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في باب
التحكيم :

تنص المادة ١/٥٠٦ على أن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدين
باجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في باب التحكيم . ويعمل بهذا النص
أي كان نوع التحكيم وسواء أكان تحكيمياً بالقضاء أم بالصلح . وذلك على

تقدير أن الالتجاء إلى التحكيم قد قصد به في الأصل تفادي قواعد المرافعات وعلى اعتبار أن تقدير المحكم المعين من جانب الخصوم أنفسهم هو معيار الصحة والحق هذا مع إلزام المحكم بكل القواعد المقررة في باب التحكيم ، وهي تقرر ضمانات أساسية للخصوم في هذا الصدد ، وهم ما قبلوا الاتفاق على طرح النزاع إلى غير المحكمة المختصة به إلا على أساس احترام هذه القواعد (١).

وثمة مبادئ أساسية في التقاضي تنصل بالنظام العام يتعين على المحكم احترامها - أيا كان نوع التحكيم - ولو لم تكن واردة في باب التحكيم وهذه المبادئ هي :

(١) مبدأ احترام حقوق الدفاع (٢).

(٢) معاملة الخصوم على قدم المساواة .

(٣) اتخاذ الاجراءات في مواجهة الخصوم ، فلا يفصل في طلبات دون اعلان الخصوم بها ، ولا يفصل فيها إلا بعد التحقق من صحة اعلانه أو اخطاره بها . ولا تبدى طلبات جديدة أو تعدل الطلبات في جلسة تخلف فيها الخصم الموجهة اليه هذه الطلبات . وعلى المحكم أن يمكن كل خصم من الاطلاع على الأوراق والمستندات التي يقدمها الخصم الآخر . ويمنح الخصوم الآجال الكافية لإعداد الدفاع والرد على الأقوال والمستندات . وعلى المحكم أن يجبر الخصوم بتاريخ الجلسة المحددة لاتخاذ اجراءات الاثبات .

(٤) اتخاذ اجراءات التحقيق بحضور جميع المحكمين والا كانت الاجراءات باطلة :

كانت المادة ٨٣٧ من القانون السابق تنص على أن يتولى المحكمون مجتمعين اجراءات التحقيق ويوقع كل منهم على المحاضر ما لم يكونوا قد نذبوا واحداً منهم لاجراء معين وأثبتوا نذبه في محضر الجلسة .

(١) كتاب التحكيم رقم ١٠٠ م ص ٢٣١

(٢) رسالة الدكتور ابراهيم نجيب سعد في حكم المحكم رقم ٢٢٨ ومايليه .

وهي منقولة عن المادة ١٠١١ من قانون المرافعات الفرنسي التي توجب على المحكمين اتخاذ اجراءات التحقيق في حضورهم جميعاً ما لم تخول المشاركة القيام باجراءات التحقيق بواسطة أحدهم . ويتجه الرأي في فرنسا إلى اعتبار المادة المتقدمة من النظام العام (١) . ومع هذا جاء قانون المرافعات الجديد خالياً من حكم هذه المادة . ونعتقد أنها قد سقطت من المشروع عن غير قصد ، بعد أن كان الاتجاه سنة ١٩٦٥ إلى الابقاء عليها في اللائحة التنفيذية لقانون المرافعات التي عدل عنها بعدئذ .

وعلى أي حال فإن القاعدة التي تقررها هذه المادة تتصل بالنظام العام ، ولا يتطلب لاعمالها نص خاص . فلا يجوز لأحد المحكمين الاستقلال وحده باتخاذ اجراءات الاثبات إلا إذا تم ندبه من جانبهم جميعاً أو كانت المشاركة تخول له ذلك (٢) .

(٥) وجوب نظر الخصومة في حضور جميع المحكمين ، والا كانت الاجراءات باطلة بطلاناً متعلقاً بالنظام العام . وهذه هي القاعدة المقررة أمام القضاء . فالقضاة الذين يصدرون الحكم هم الذين يجب أن يكونوا قد سمعوا المرافعة وإلا كانت الاجراءات باطلة .

٥ - انكماش التفرقة بين التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح في القانون الجديد :

رأينا انه - في كل من التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح - يتعين أن يكون عدد المحكمين وثنياً وان يعين اشخاص المحكمين في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل . ورأينا أيضاً أن الحكم في الحالتين لا يقبل الاستئناف ، وان المحكم فيهما لا يتقيد بقواعد المرافعات عدا ما نص عليه منها في باب التحكيم .

(١) الفريد برنار من ٢٢٥ .

(٢) كذلك لا يملك أحد المحكمين الحكم وحده في شق من النزاع أو في مسألة متنوعة عنه ما لم يكن مأذوناً بالحكم في غية الآخرين (م/٥١٢/٢) .

ولا يتبقى من أوجه التفرقة بين التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح
في ظل القانون الجديد إلا ما يلي :

(١) في التحكيم بالقضاء يحكم المحكم على مقتضى القانون ، بينما
المحكم يصالح في التحكيم بالصلح (١) .

(٢) المحكم المصالح لا يتقيد بقواعد القانون (م ٥٠٦ / ١) بينما
المحكم في التحكيم بالقضاء يجب عليه أن يحكم على مقتضى القانون . في الحالتين
يتعين على المحكم تسيب حكمه عملاً بالمادة ٥٠٧ .

(٣) التحكيم بالصلح لا يقبل التجزئة ، فإذا زالت سلطة المحكم المصالح
بعد إصدار حكم في شق من الموضوع ودون حسم النزاع برمته فإن الحكم
يعتبر كأن لم يكن . أياً كان سبب انقضاء سلطة المحكم ، سواء انقضت
بوفاته أو بزوال أهليته أو بعزله أو بالحكم برده أو بفوات الميعاد المحدد
للتحكيم ، بينما في التحكيم بالقضاء تبقى الأحكام الصادرة من المحكم صحيحة
ولو انقضت سلطة المحكم قبل حسم النزاع برمته ما لم تكن الخصومة غير
قابلة للتجزئة بحسب طبيعتها أو بحكم القانون .

وجدير بالذكر أن حكم المحكم المصالح يقبل الطعن فيه بالتقاس إعادة
النظر عملاً بالمادة ٥١١ . عدا الحالة الخامسة المقررة في المادة ٢٤١ (٢) ،
وحق في حالة الاتفاق الصريح على عدم جواز الطعن في حكمه : فإن هذا
الطعن جائز لأن الغش يفسد أى تصرف . ولأن تناقض منطوق حكم المحكم
بعضه لبعض بما يجعل تنفيذه مستحيلاً يهدر كل ما بناه المحكم ، ولأن صدور
الحكم على من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى يستوجب حتماً رعايته (٢) .

(١) أنظر دراسة تفصيلية في كتاب التحكيم رقم ٧٤ .

(٢) أنظر دراسة تفصيلية في كتاب التحكيم رقم ١٢٣ .

(٣) المرجع السابق رقم ١٢٠ وأحكام محكمة النقض الفرنسية المشار إليها ، ورسالة
الدكتور إبراهيم نجيب سعد في حكم المحكمة رقم ١٩٦ والأحكام العديدة المشار إليها فيها .

كذلك يجوز رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم ولو كان مصالحاً
عملاً بالمادة ٥١٢ . وكقاعدة عامة يتعين أعمال كل القواعد المقررة في باب
التحكيم على التحكيم بالصلح ما لم ينص المشرع صراحة على ما يخالف ذلك
كما هو الحال بالنسبة إلى المادة ١/٥٠٦ .

وإذن وبناء على ما تقدم مجرد اعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون -
في ظل القانون الجديد - يعنى حتماً اعتبار المحكم مفوضاً بالصلح .

٦ - لا ينقضى التحكيم لموت المحكم الذى ترك من بين ورثته قاصر :

كانت المادة ٨٣٠ من قانون المرافعات السابق تنص على أن التحكيم
لا ينقضى بموت أحد الخصوم إذا كان ورثته جميعاً راشدين وإنما يمد الميعاد
المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوماً .

ومقتضى المادة المتقدمة ان التحكيم ينقضى بقوة القانون إذا توفى المحكم
وترك من بين ورثته قاصراً . وذلك لأن القانون شاء حماية الورثة القصر
فلا يتقبلون بعقد التحكيم الذى أبرمه مورثهم ومحرمون من الالتجاء
إلى القضاء العادى وما يتميز به من ضمانات هامة . وكانت القاعدة المتقدمة
تسرى على سبيل القياس إذا ترك المورث من يكن فى حكم القاصر ، أو
إذا زالت عن ذات المحكم أهليته .

وواضح أن المادة المتقدمة تخالف القواعد العامة فى القانون المدنى ، فالأصل
أن العقد ينشأ ويثبت ويثبت ما نص عليه من التزامات وحقوق متى أبرم ،
ولا تتأثر هذه أو تلك بوفاة المتعاقد أو فقد أهليته . أما فى التحكيم فن
الواجب أن يظل المتعاقد على كامل أهليته حتى تمام تنفيذ التحكيم وانتهاء
مهمة المحكم (١) .

وفى تقديرنا أن المادة المتقدمة قد بنيت على فكرة اعتبار التحكيم بمثابة

(١) أنظر دراسة تفصيلية للموضوع فى كتاب التحكيم رقم ١٩ .

عقد وبمثابة خصومة ، وتطلب أهلية معينة في كل منهما ، بحيث إذا زالت هذه الأهلية قبل صدور حكم المحكم انقضى التحكيم بقوة القانون .

وقد انتقلنا تلك المادة من قبل (١) ، وجاء القانون الجديد بنص عام نسخها فيه وقرر انقطاع الخصومة أمام المحكم إذا قام بها سبب من أسباب الانقطاع المقررة في القانون (م ٥٠٤) ، وذلك على تقدير أنه متى تم تعيين المحكم بواسطة الخصوم أنفسهم فإن هذه الثقة تظل مبعث الخصومة في التحكيم ولو توفى أحدهم وترك قاصراً من بين ورثته ، مع مراعاة تعيين من يمثل القاصر في تلك الخصومة بطبيعة الحال .

وإذن وبناء على نص المادة ٥٠٤ من القانون الجديد إذا توفى أحد المحتكمين وترك من بين ورثته قاصراً ، أو ترك من في حكم القاصر ، أو إذا زالت عن ذات المحتكم أهليته فإن التحكيم لا ينقضى كعقد ولا ينقضى كخصومة .

وإذا توفى الخصم أو فقد أهليته قبل تعيين المحكم فإن التحكيم لا ينفذ كما قدما - ولا ترتب آثاره الإيجابية أو أثره السلبي بامتناع المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع عن نظره ، فإذا كان الولي أو الوصي أو القيم يملك التصرف فيما اتفق فيه على التحكيم فإنه يملك كمقاعدة عامة الاتفاق على شخص المحكم دون حاجة إلى إذن من المحكمة (٢) ، كما يملك بداهة الامتناع عن تنفيذ عقد التحكيم بعدم الموافقة على تعيين المحكم .

وإذا كان الولي أو الوصي أو القيم - حسب الأحوال - لا يملك التصرف فيما كان قد اتفق فيه على التحكيم ، فإنه لا يملك وحده الاتفاق على شخص المحكم ، ويكون عليه طرح الأمر على المحكمة التي لها أن تقرر التحكيم

(١) المرجع السابق رقم ١٢٥ - وانظر الفقرة رقم ١ من هذا البحث .

(٢) راجع أحكام الرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الماس بأحكام الولاية على المال (م ٣٩ و ٤٢ و ٥٦ منه) .

أو لا تقره ، وتوافق على شخص المحكم المقترح من الولي - أو من في حكمه -
أو لا توافق عليه .

وبعبارة أخرى ، الاتفاق على التحكيم من جانب المورث لا يستوجب
على محكمة الأحوال الشخصية اجازة هذا التحكيم إذا لم يكن قد تم تعيين
شخص المحكم من المورث ، لأن التحكيم الذي لا يتفق فيه على شخص
المحكم لا ينفذ لانتفاء عمله ولأن تعيين شخص المحكم من جانب المورث
هو الضمانة الأساسية التي بنى عليها المشرع فكرة الإبقاء على التحكيم
ولو ترك المورث قاصراً .

وبداهة إذا تم الاتفاق على شخص المحكم قبل وفاة المورث فان محكمة
الأحوال الشخصية لا تملك الاعتراض عليه - هي أو الوصي أو القيم حسب
الأحوال - وإن كان يملك أحد هؤلاء رد المحكم ، كما يملك الاتفاق مع
خصوم الدعوى على عزله ، وعندئذ لا يملك أحد هؤلاء الاتفاق على تعيين
محكم آخر إلا إذا كان يملك كقاعدة عامة التصرف فيما يتفق فيه على التحكيم ،
وإلا وجب عليه الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية توافق
فيه على شخص المحكم .

ولما كان محل عقد التحكيم قد أصبح بمقتضى القانون الجديد هو الاتفاق
على حسم النزاع بواسطة محكم معين بشخصه ، فان الأهلية المطلوبة في
المحكم لازمة بذاتها (١) لا بمرام عقد التحكيم (٢) وللانفاق على شخص
المحكم ، وإلا كان عقد التحكيم باطلا أو قابلا للإبطال ، حسب الأحوال .
فاذا كان العقد باطلا (أى باطلا بطلاناً مطلقاً بسبب فقد الأهلية) جاز لأى خصم
التمسك بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تنقض به من تلقاء نفسها . ولذا
كان العقد قابلا للبطلان (أى باطلا بطلاناً نسبياً بسبب نقص الأهلية) .
فلا يجوز التمسك به إلا ممن شرع البطلان لمصلحته عملاً بالقواعد العامة .

٧ - انقطاع الخصومة أمام المحكم :

استحدث القانون الجديد - كما قلنا - المادة ٥٠٤ التي تنص على أن الخصومة تنقطع أمام المحكم إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة المقررة في القانون . وترتب على الانقطاع الآثار المقررة في هذا القانون .

وانقطاع الخصومة هو وقف السير فيها بقوة القانون لقيام سبب من أسباب الانقطاع التي وردت في القانون على سبيل الحصر وهي ثلاثة (م ١٣٠) :

١ - وفاة أحد الخصوم .

٢ - فقد أهلية الخصومة .

٣ - زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين .

بمجرد قيام سبب الانقطاع يتعين على المحكم أن يمتنع عن نظر الخصومة في التحكيم ولكل خصم التسك بهذا الانقطاع لتفادى السير في خصومه مهددة بالبطالان . ويقف الميعاد المقرر في المادة ٥٠٥ والذي يجب على المحكم أن يحكم في خلاله (ولا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة) ولا يستأنف الميعاد المتقدم سيره (١) إلا إذا أعلن وارث المتوفى - أو من يقوم مقام من فقد أهلية الخصومة أو مقام من زالت عنه الصفة - بقيام الخصومة وباشر السير فيها . والذي يقوم باعلان هؤلاء هو الخصم الآخر ، وليس ثمة ما يمنع من قيام المحكم بذلك .

ولما كان القانون الجديد يعنى المحكم من التقيد بقواعد المرافعات فليس ثمة ما يمنع من أن يتم لإخطار ورثة المتوفى أو من في حكمهم بغير الطريق المقرر في المادة ١٣٣ بالنسبة إلى الانقطاع أمام المحاكم . فن الجائز أن يتم

(١) بمعنى أنه يحث بالمدة السابقة على الانقطاع طبقاً للقواعد العامة - أنظر كتاب التطبيق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة ١٣٠ وما يليها .

مخاطب مسجل بعلم الوصول ، ومن الجائز أن يتم بواسطة المحكم بالصورة التي يراها بشرط أن يتحقق بصورة قاطعة من علم هؤلاء بقيام الخصومة أمامه . وهو لا يملك استئناف نظرها إلا بعد التحقق من علم طرفي الخصومة بها ويتأريخ نظرها .

وبداهة إذا كان من بين الورثة قاصر فإن المحكم لا يملك استئناف نظر الخصومة إلا بعد تعيين وصي القاصر وبعد اخباره بقيام تلك الخصومة ، مع مراعاة ما قلتمناه في الفقرة المتقدمة .

وإذا كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية أمام المحكم قبل الوفاة أو فقد الأهلية أو زوال الصفة ، فإنه يملك المحكم في الدعوى على موجب تلك الأقوال والطلبات . وإنما إذا عمن له استجواب أحد الخصوم أو سؤال أحد الشهود أو إجراء أى تحقيق وجب عليه إخطار جميع الخصوم أو من يقوم مقامهم بالجلسة الجديدة التي يحددها لنظر الدعوى بعد قيام سبب الانقطاع . وعندئذ عليه أن يتحقق من تلقاء نفسه من صفاتهم أو صحة تمثيلهم للخصوم حسب الأحوال .

وإذا أصدر المحكم حكمه على الرغم من قيام سبب انقطاع الخصومة ودون إخبار من يقوم مقام الخصم انذى توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته بقيام الخصومة فإن حكمه يكون باطلاً بطلاناً مقررراً لمصلحة هؤلاء وحدهم ، دون الطرف الآخر من الخصومة ، وذلك لأن هذا البطلان مقرر لمصلحة من قام به سبب الانقطاع من الخصوم حتى لا يصدر الحكم في الدعوى في غفلة منه . ويستوى أن يكون المحكم عالماً بقيام سبب الانقطاع أو غير عالم به ، كذلك يستوى علم الخصم الآخر به أو جهله له . لأن المشرع قد قصد بقواعد انقطاع الخصومة مجرد حماية الخصم الذي قام به سبب الانقطاع ، دون الاعتماد بحسن نية الطرف الآخر أو جهله بقيام سبب الانقطاع (١) .

(١) المرجع السابق والأحكام المشار إليها فيه .

وجدير بالذكر في هذا الصدد أن وفاة ذات المحكم أو فقده لأهليته لا يترتب عليه انقطاع الخصومة ، وإنما يترتب عليه انقضاء التحكيم كما رأينا من قبل (١) ، ما لم يتفق الخصوم على تعيين محكم آخر .

كذلك لا تنقطع الخصومة بوفاة وكيل الدعوى ، ولا بإنقضاء وكالته بالتنحي أو بال عزل ، وللمحكم أن يمنح أجلا مناسباً للخصم الذي توفي وكيله أو انقضت وكالته عملاً بالمادة ١٣٠ من قانون المرافعات .

وإذا وقفت الخصومة لقيام سبب الانقطاع بأحد طرفيها ، وظلت موقوفه المدة المسقطه لها عملاً بالمادة ١٣٤ أو المدة المؤدية إلى انقضائها بالتقادم عملاً بالمادة ١٤٠ ، بحسب ما إذا كان المدعى أو من في حكمه قد أعلن بقيام الخصومة أو لم يعلن به (٢) ، فإن طلب اسقاط الخصومة أو انقضائها بالتقادم تفصل فيه المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، وليس للمحكم سلطة نظره والفصل فيه (٣) . لأنه لا يملك المحكم بقاء سلطته أو امتدادها أو زوالها .

وإذا تعدد أحد أطراف الخصومة المتفق فيها على التحكيم ، وقام بأحدهم سبب من أسباب الانقطاع فليس ثمة ما يمنع المحكم من مباشرة مهمته بالنسبة لباقي الخصوم ، بشرط أن تكون الخصومة قابلة للتجزئة .

٨ - وجوب التفرقة بين بطلان العقد المتضمن شرط التحكيم وبطلان عقد التحكيم وبطلان الخصومة في التحكيم وبطلان الحكم الصادر فيها :

لعله تنكشف مما تقدم تفرقه هامة بين بطلان عقد التحكيم لفقد أهلية أحد الخصوم أو لنقصها وبين بطلان الخصومة في التحكيم بسبب نقص أهلية أحد طرفيها وبطلان الحكم الصادر على ناقص الأهلية ، أو بطلان

(١) رقم (٢) من هذا البحث .

(٢) التطبيق على نصوس قانون المرافعات الجديد عن المادة ١٣٥ والأحكام المشار إليها .

(٣) كتاب التحكيم رقم ٩٨ .

الحكم الصادر على خصم في غفلة منه إذا قام به سبب من أسباب انقطاع الخصومة على ما قدمناه .

والبطلان الأول هو بطلان موضوعي يلحق عقد التحكيم ، بينما البطلان في الأحوال الأخرى هو بطلان إجرائي يلحق الاجراءات .

ومن الواجب اعمال قواعد القانون المدني بالنسبة إلى بطلان عقد التحكيم ، واعمال قانون المرافعات بالنسبة إلى البطلان في الأحوال الأخرى ، دون الخلط بينهما ، أو بين أحكامهما . فإذا كان عقد التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل خصم في الدعوى التمسك بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، أما إذا كان العقد قابلاً للبطلان فإن الذي يتمسك به هو وحده من شرع البطلان لمصلحته (م ١٣٨ من القانون المدني) . وبداهة وعملاً بالقواعد العامة الحكم ببطلان عقد التحكيم يستتبع بطلان الخصومة في التحكيم . ويستتبع أيضاً إلغاء الأحكام الصادرة فيها واعتبارها كأن لم تكن (م ٣/٢٤) .

وإذا نشأت الخصومة في التحكيم وأدرك أحد الخصوم نقص أهلية خصمه ، كان له أن يتمسك ببطلان الخصومة لأن هذا البطلان المتعلق بالاجراءات يتصل بالنظام العام حتى لا يجبر على موالاة اجراءات مصيرها إلى الزوال والبطلان فضلاً عن ضياع الوقت والجهد والمصاريف ، وفي النهاية يكون لناقص الأهلية التمسك بالبطلان إذا صدر الحكم في الدعوى عليه وعدم التمسك به إذا صدر الحكم لمصلحته ، وفي الحالتين يضار الخصم الآخر .

وإذا كان بطلان عقد التحكيم يستتبع حتماً بطلان الخصومة في التحكيم ، فإن بطلان الخصومة في التحكيم بسبب فقد أهلية أحد الخصوم أو نقصها ليس معناه في كل الأحوال بطلان عقد التحكيم ؛ فقد يعتقد التحكيم صحيحاً ثم يموت أحد الخصوم ويباشر الخصومة في التحكيم أحد ورثته القصر ، فهنا الحكم ببطلان تلك الخصومة ليس معناه بطلان عقد التحكيم ، ومن الجائز تجديدها بشرط أن يتولى الوصي موالاة الاجراءات نيابة عن القاصر .

وما تقدم يتضح أن بطلان الخصومة في التحكيم لنقص أهلية أحد الخصوم هو بطلان يتعلق بالنظام العام ، بينما بطلان ذات عقد التحكيم بسبب نقص أهلية أحد طرفيه هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام ولا يتمسك به إلا من شرع لمصلحته .

ومن ناحية أخرى ، إذا كانت الخصومة في التحكيم باطلة بسبب نقص أهلية أحد طرفيها ، أو بعبارة أعم إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة بأحد طرفيها ومع ذلك صدر الحكم فيها في غفلة منه ، فإن الحكم في الحالتين يكون باطلاً بطلاناً غير متعلق بالنظام العام لا يتمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته ، كل هذا مع مراعاة أن ذات عقد التحكيم قد يكون صحيحاً على ما قدمناه .

وهكذا يتضح أن بطلان الخصومة بسبب نقص أهلية أحد طرفيها هو بطلان اجرائي من النظام العام يتعين على المحكمة أو المحكم الاعتداد به من تلقاء نفسه ، وذلك لتفادي إجراءات مهددة بالبطلان . ويكون من المصلحة العامة الاعتداد بالأمر من تلقاء نفس المحكمة أو المحكم . بينما متى صدر الحكم تكون الحالة التي أوجب المشرع تفاديها قد وقعت بالفعل وزالت . فلا يملك التمسك ببطلانه إلا من شرع البطلان لمصلحته .

وما تقدم يتضح أن بطلان عقد التحكيم أو قابليته للبطلان هو جزءا رتبة القانون المدني عند الاخلال بركن من أركان العقد . ويرجع إليه في صدد تعيين الخصم الذي له الحق في التمسك بهذا البطلان . كما يرجع إليه في صدد تعيين الوقت الذي يجوز فيه التمسك به . وما يعتبر من تصرفات الخصم إجازة تزيل هذا البطلان ومالا يعتبر ، بينما بطلان الخصومة في التحكيم بسبب نقص أهلية أحد الخصوم أو فقدانها أو بسبب استئناف السير فيها رغم قيام سبب من أسباب انقطاعها بأحد الخصوم ، هو بطلان اجرائي يتعلق بالنظام العام^(١) . ويرجع إلى قانون المرافعات في صدد أحكام

(١) ولما تقدم وصفت محكمة النقض (في ١٨/٥/١٩٦٧ السنة ١٨ ص ١٠٢١) بأن بطلان التحكيم المترتب على عدم اتفاق الخصوم على المحكم المصالح في ظل القانون السابق هو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام ، لا يزيله حضور المحكمين أمام المحكم .

هذا البطلان ، وما يعتبر تصحيحاً أو نفياً له وما لا يعتبر (١) . أما بطلان الأحكام الصادرة في الخصومة الباطلة فهو بطلان إجرائي لا يتعلق بالنظام العام ولا يتمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته ، ويرجع في أحكامه إلى قواعد قانون المرافعات وحده .

وإذا كان عقد التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً ، كما إذا اتفق على التحكيم في مسألة لا يجوز فيها الصلح لتعلقها بالنظام العام ، فإن كل خصم في الدعوى يملك التمسك بهذا البطلان ، والحكم به يستتبع حتماً إلغاء التحكيم والحكم الصادر فيه . ومن ناحية أخيرة ، إذا حكم ببطلان العقد المتضمن شرط التحكيم ، فإن هذا البطلان يستتبع بطلان شرط التحكيم في غالب الحالات ، اللهم إلا إذا كان للشرط كيان مستقل ، فعندئذ يظل قائماً صحيحاً ، تطبيقاً لنظرية الانتقاص (راجع المادة ١٤٣ و ١٤٤ من القانون المدني).

كما إذا حكم ببطلان عقد شركة . وكان متفقاً فيه على التحكيم بصدد أي نزاع ينشأ متعلقاً به سواء حال قيام الشركة أو عند تصفيتها لأي سبب من الأسباب . فعندئذ يكون المحكم هو المختص بتصفية الشركة على الرغم من الحكم ببطلان عقد الشركة ، بشرط ألا يمتد انبطلان إلى كل شروط العقد (٢) .

٩ - وقف تنفيذ حكم المحكم بقوة القانون لمجرد رفع الدعوى بطلب بطلانه :

استحدث القانون الجديد نص الفقرة الثالثة من المادة ٥١٣ التي ترتب على مجرد رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه ما لم تقض

-
- (١) تصحيح الأجراء الباطل هو تكملة الاجراء ، ولا يحده به إلا من تاريخ تنحيه (م ٢٢) ، بينما نفي البطلان هو تمسك بصحة الاجراء من تاريخ حصوله على تقدير تحقق الغاية من الشكل ، وتحقيقها يوفر ضمانات ذات الشكل ، وبالتالي لا تعتبر المخالفة الموجبة للبطلان قد ارتكبت - أنظر كتاب التعليق عن المادة ٢٠ وما يليها .
- (٢) أنظر رقم ١٣ من كتاب التحكيم والأحكام المشار إليها فيه وأنظر رسالة الدكتور إبراهيم نجيب سعد في حكم المحكم رقم ٦٠ والأحكام المشار إليها فيه .

المحكمة باستمرار هذا التنفيذ . وكان هذا هو رأى الراجح في ظل القانون السابق ، وإن كان الخلاف لم ينقطع في النظر العلمى بصدد أثر رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم على تنفيذه في كل من فرنسا ومصر .

وقلنا من قبل (١) انه يترتب على رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم وقف تنفيذه ، وذلك لأن المقصود من هذه الدعوى هو انكار كل سلطة للمحكم فيما فصل فيه ، ومن ثم ينعدم الحكم إن صحت الاعتبارات التي بنيت عليها الدعوى ، فيكون من المستحسن ألا يعد صالحاً للتنفيذ إذا رفعت الدعوى بانكار أو بطلان بطلانه - خاصة وإن أسباب البطلان في التحكيم تتصل بعدم مراعاة القواعد الأساسية في التقاضى ، فإذا كان الحكم باطلاً أو مبنياً على اجراءات باطلة فعنى هذا ان المحكم قد أغفل ما لا يجوز اغفاله من أسس الاجراءات ، وانه قد أهمل حقوق الخصوم بما قد يجعلهم في حالة تساوى مع حالة انكار سلطته كمحكم ، وذلك لأن المحكم لا يراعى جميع اجراءات المرافعات ، ولا يحاسب بما يحاسب به القضاء في هذا الصدد ، ولا تترتب في التحكيم الجزاءات والبطلان المقرر أمام المحاكم والا ما أمكن تصور فائدة ما من التحكيم ، وإنما هو ملزم باحترام الأصول العامة وحماية حقوق الدفاع .

ويلاحظ أن بعض أسباب التمسك ببطلان حكم المحكم هي موضوعية ، والبعض الآخر إجرائية .

ونقول المذكورة التفسيرية في صدد ما تقدم ونظراً لأن حكم المحكمين ليس قضائاً . ولأن المشرع قد منع الطعن في حكم المحكمين بالاستئناف ، فقد رأى المشرع في المادة ٥١٣ منه أن يترتب على مجرد رفع دعوى بطلان

(١) كتاب التحكيم رقم ١٢٣ ص ٢٩٩ وما يليها وقارن رمزى سيف التنفيذ طبعه سنة ١٩٦٠ رقم ١٠٢ وقارن أيضاً ضحى والى التنفيذ طبعه ١٩٦٤ رقم ٦٢ - وأنظر المراجع العديدة والأحكام المشار إليها في كتاب التحكيم .

حكم المحكمين وقف تنفيذه . وذلك مالم تر المحكمة المرفوع اليها دعوى البطلان باستمراره بناء على طلب المحكوم له .

وإذا تملك المحكمة أن تقضى باستمرار التنفيذ بصفة مؤقتة ربمّا تفصل في دعوى البطلان ، فإنها تملك أيضاً اشتراط تقديم كفالة في هذا الصدد أو أن تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حقوق الخصوم ، فمن يملك الكثير يملك القليل . كل هذا بغير حاجة إلى نص قانوني خاص .

وإذا تضمن حكم المحكم عدة مسائل . ورفعت الدعوى يبطلان شق من الحكم فإن هذا الشق وحده هو الذى يقف تنفيذه بقوة القانون الجديد ، سواء أكان الحكم قد صدر برمته ضد رافع دعوى البطلان أو صدر ضده فقط في هذا الشق الذى رفع بصدد دعوى البطلان .

وإذا كانت الخصومة لا تقبل التجزئة بنص في القانون أو بحسب طبيعتها أو كان الحكم مصالحاً فإن الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم في شق من الموضوع توقف تنفيذ الحكم برمته . وتستتبع طرح النزاع برمته أمام المحكمة .

ويلاحظ أن الحكم برفض الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم يعتبر بمثابة حكم بالاستمرار في تنفيذ هذا الحكم . وإنما هو يقبل التنفيذ الجبرى أو لا يقبله ، أو يقبل النفاذ المعجل أو لا يقبله حسب القواعد العامة ، بمعنى انه إذا صدر الحكم برفض الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم وكان قابلاً للاستئناف . ولم يكن مشمولاً بالنفاذ المعجل فإنه لا يجوز تنفيذ حكم المحكم ما لم تكن قد قضت المحكمة من قبل بناء على طلب المحكوم له بالاستمرار في التنفيذ .

والحكم في الدعوى يبطلان حكم المحكم لا يخول للمحكمة الفصل في موضوع النزاع الأصل إلا إذا تمسك أحد الخصوم بذلك ، وكان هذا الحكم قد اهدر وأبطل عقد التحكيم . وعندئذ تكون المحكمة قد قضت في طلبين مستقلين . ويراعى هذا الاستقلال من ناحية تنفيذ الحكم الصادر في كل منهما أو من ناحية وقف هذا التنفيذ .

يتضح من الدراسة المتقدمة مدى تأثير اتفاق الخصوم أو العنصر التعاقدى على اجراءات التحكيم وعلى الحكم الصادر فيه ، فهذه الدراسة على الرغم من تناولها مسائل متفرقة إلا أنه يجمعها طابع واحد هو الذى انتبهنا اليه من دراستنا السابقة للتحكيم (١) ، وهو الذى سعى القانون الجديد إلى تحقيقه ، فإذا كان المشرع يميز اتفاق الخصوم على طرح النزاع على محكم بدلا من طرحه على المحكمة المختصة فى الأصل بنظرة فان هذا يجب أن يكون مبعث الثقة فى حسن تقدير هذا المحكم وفى حسن عدالته ، ومن ثم نص القانون الجديد على وجوب تعيين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل وإلا فلا يتصور ثمة تحكيم . ومن ناحية أخرى ، ومتى كانت الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته هى مبعث الاتفاق على التحكيم يكون من المغالاة فى التمسك بالشكليات ، بل يكون من المغالاة فى تحقيق ضمانات الخصوم ان يكون الحكم قابلا للاستئناف . ولهذا نص القانون الجديد على أن حكم المحكم لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف . وقرر أيضاً أن التحكيم يفرض على الورثة ولو كانوا من القصر متى كان مورثهم قد اختار المحكم قبل وفاته .

ومتى كان التحكيم قد قصد به اختصار الوقت وتفادى طول الاجراءات ، ومتى كانت الثقة فى المحكم هى مبعث الاتفاق على التحكيم . فقد نص القانون الجديد على اعفاء المحكم من التقيد باجراءات المرافعات ولو لم يكن مصالحا ، ليكون رأيه هو معيار الصحة والحق . وإذن هو لا يرفع جميع اجراءات المرافعات . ولا يخاسب بما يخاسب به القضاء فى هذا الصدد . ولا ترتب فى التحكيم الجزاءات والبطالان المقرر أمام انحاكم والا ما أمكن تصور فائدة ما من التحكيم . وانما هو ملزم باحترام الأصول العامة وحماية حقوق الدفاع . كما يلزم باحترام كل القواعد المقررة فى باب التحكيم ، إذ هى

(١) فى كتاب التحكيم بالتفاه وبالصلح سنة ١٩٦٤ .

تقرر ضمانات أساسية للخصوم في هذا الصدد ، وهم ما قبلوا الاتفاق على طرح النزاع إلى غير المحكمة المختصة به إلا على أساس احترام هذه القواعد .

ومن ناحية أخيرة وإذا كانت الدعوى يطلب بطلان حكم المحكم تنصل في مجموعها بحالات تعيب التحكيم لبطلانه هو أو إجراءاته ، وإذا كانت هي بهذا الوصف تثير الشك في الصفة القضائية لحكم المحكم ، يكون من الأنسب النص على وجوب وقف تنفيذ الحكم بقوة القانون بمجرد رفعها وهذا ما انتهى إليه القانون الجديد . ثم هي ، وبالوصف المتقدم ، تكفي وحدها كوسيلة للتظلم من الحكم بقصد الغائه .

التنازع الزمني لقوانين المرافعات

للدكتور أحمد أبو الوفا

أستاذ ورئيس قسم المرافعات بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

١ - مقدمة (١) :

تنص المادة الأولى من قانون المرافعات الجديد (وهي مطابقة للمادة الأولى من قانون المرافعات السابق) على أن قوانين المرافعات تسرى على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن قد تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها . وتقرر المادة استثناءات ثلاثة ترد على هذه القاعدة العامة تتعلق (١) بالقوانين المعدلة للاختصاص (٢) بالقوانين المعدلة للمواعيد (٣) بالقوانين المنتظمة لطرق الطعن .

(١) بخلاف المراجع العامة في هذا الموضوع في فقه المرافعات أو القانون المدني أنظر حل وجه الخصوص : الطبعة الأولى - الجزء الأول سنة ١٩٢٩ و الجزء الثاني سنة ١٩٣٣
Roubier : Les conflits de lois dans le temps

وبحث Louis Bach بمجلة القانون المدني سنة ١٩٦٩ العدد الثالث ص ٤٠٥ وما يليها في موضوع Contribution a l'étude du problème de l'application des lois dans le temps.
ومقال الدكتور حسن كيرة « مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان » مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الثالث والرابع ، سنة ١٩٥٨ ص ٨٥ - ١٨٤ ، و كتابه : أصول القانون . الطبعة الثانية سنة ١٩٦٠ . وأنظر كتاب الدكتور أحمد شمس الدين الوكيل في مبادئ القانون سنة ١٩٦٨ . ومن أهم المراجع العامة في المرافعات :

Glasson et Tissier : Troisième édition - 1925

Garsonnet et Cézair — Bru, Troisième édition — 1912.

Morel — Deuxième édition, 1949.

Japiot-Troisième édition, 1935.

Solus et Perrot : Droit judiciaire privé, 1961.

وللدكتور أبو الوفا : المرافعات ، الطبعة التاسعة ، نظرية الفروع في قانون المرافعات الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٧ ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات الطبعة الثانية التحكم بالقضاء وبالصلح ، التطبيق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، اجراءات التنفيذ الطبعة الخامسة .

وقد اختلف الرأى فى تفسير هذه المادة ، فذهب رأى إلى أن هذه الاستثناءات قد جاءت فيها على سبيل الحصر ، وذهب رأى آخر إلى أنه قد قصد بها تحديد الحالات الأساسية فى هذا الصدد ، أو على الأقل ، الحالات المسلم بها فقهاً وقضاء فى فرنسا والتي جالت بخاطر واضع القانون عند اعداده . ومن ثم - ووفقاً لهذا الرأى الأخير ، لا يصح إعمال القانون الجديد بأثر رجعى إذا كان من شأن هذا المساس بالمراكز الاجرائية الثابتة للخصوم .

واختلف الرأى أيضاً بصدد تحديد «قوانين المرافعات» التى تشير إليها تلك المادة الأولى من قانون المرافعات ، فهل هى تلك التى تتصل بالاجراءات بشرط ألا تمس بطريق مباشر أو غير مباشر «مراكزهم الموضوعية» - المتعلقة بأصل حقوقهم ، أم أنها هى تلك التى تتعلق بالإجراءات بصرف النظر عن مساسها بتلك المراكز الموضوعية بطريق مباشر أو غير مباشر أو عدم مساسها بها .

وقد قيل فى صدد الرأى الأول أنه يجب أن يكون واضحاً أن عبارة «قوانين المرافعات» قصد بها القوانين التى تتعلق بالاجراءات والتى تكون بعيدة عن أن تمس حقاً مكتسباً . إذ تنصرف مهمتها إلى مجرد رسم السبيل الواجب اتخاذه والأوضاع التى تازم مراعاتها عند اللجوء إلى القضاء وترشد القضاء إلى كيفية الفصل فى الخصومات . فان مست حقاً مكتسباً فلا تعد من القوانين الاجرائية ذات الأثر الرجعى (١) .

وإذا كانت المادة الأولى المتقدمة لا تقصد حصر الاستثناءات فى تلك الحالات الثلاثة التى وردت بها . فما هو الضابط فى تحديد النقطة التى يقف عندها سريان القانون القديم ، وما هو الضابط فى تحديد الأثر الفورى للقانون الجديد ؟ وهل يلزم الرجوع فى هذا الصدد إلى تلك النظريات العديدة فى فقه القانون المدنى والتى تقصد فى واقع الأمر احترام الحقوق المكتسبة

(١) جارسونيه . رقم ٤٤ وما أشار إليه من مراجع وأحكام ، وأبو هيف ، رقم ٦١٥ والقانون البول الخاص للدكتور حامد زكى الطبعة الأولى ص ٤٠٥ الحاشية رقم (١) .

للخصوم - أم أن لقوانين المرافعات طبيعة خاصة تتطلب إعمال نظريات
تنسق معها ؟

ولا يغفل ما قيل ، في هذا الصدد ، من أن قوانين المرافعات الجديدة
تطبق فور صدورهما على كل الدعاوى القائمة أمام المحاكم ، ولو كان
قد تم رفعها قبل العمل بها ، ومن ثم هي ذات أثر رجعي .

وفي القول المتقدم خلط بين الأثر الرجعي للقانون *la rétroactivité*
de la loi وأثره المباشر *son effet immédiat* ، فالواقع أن قوانين
المرافعات إذا كانت تطبق من يوم صدورهما على الدعاوى القائمة ، فذلك
لأن لها أثراً مباشراً شأنها شأن جميع القوانين الأخرى . وانما إذا كانت تطبق
من يوم صدورهما على الأوضاع التي تكونت قبلها . فان ذلك مشروط بعلم
مساسها بالحقوق المكتسبة (١) .

وقيل أن قوانين المرافعات قلما تمس بالحقوق المكتسبة للمتقاضين
لأنها تتعلق بالاجراءات ولا تمس أصل حقوقهم ، فالتقاضى لا يكون له
حق مكتسب في أن تنتظر دعواه أمام محكمة معينة دون غيرها . أو أن يكون
تشكيلها على نحو معين دون نحو آخر . أو أن يتخذ الاجراءات بشكل معين
دون شكل آخر . كل هذا فضلاً عن أن الكثير منها يتعلق بالنظام العام
إذ الغرض المقصود منه تحقيق العدالة وحسن سير القضاء على أكمل وجه .
والمرشح لا يقوم بتعديل قواعد المرافعات الا إذا أدرك قصوراً في القديم
ليتلافاه في الجديد . والقاعدة انه لا يجوز الادعاء بالحق المكتسب إذا ما أصبح
الحق مخالفاً للنظام العام .

ثم يجب ألا تغفل تفرقة هامة بين المراكز القانونية للخصوم الناتجة
عن إعمال القوانين الموضوعية (كالقانون الملقى والتجاري) ، وبين المراكز

(١) جوديل رقم ١٩ وكيشي وفنا رقم ٥ وروبيه رقم ٢٤٠ وسوليس وبيرو طبعة
سنة ١٩٦١ رقم ٢٣ على ٢٧ .

الاجرائية للخصوم الناتجة عن إعمال القوانين الاجرائية أو الجزائية ، فالأولى قد لا تكون الاخلال فترة طويلة ، كالتقادم مثلاً ، وقد ترتب خلال فترة طويلة أيضاً كمنقود التوريد والايجار (١) ، وقد لا تقتضى الا بمقتضى شروط صريحة من المتعاقدين ، بينما المراكز الاجرائية للمتقاضين تولد بمجرد اتخاذ الاجراءات ، وهذه الاجراءات يحكمها قانون المرافعات من ناحية آثارها وأسباب زوالها . ومن ثم تلك الفنطرة التي تربط بين القانون الموضوعي القديم والقانون الموضوعي الجديد قلما يتمكن المشرع من تنظيمها بصورة مستكملة بأحكام وقتية نظراً لطبيعة المراكز القانونية - على النحو الذى قدمناه - ونظراً لتدخل ارادة الخصوم بصدها ، بينما قد يتمكن المشرع فى الأحكام الوقتية من تنظيم تلك الفنطرة التي تربط بين قانون المرافعات القديم وقانون المرافعات الجديد للأسباب المتقدمة (٢) .

وقد يكون من المفيد - فى صدد التفرقة المتقدمة - مقارنة نظرة واضع قوانين المرافعات للأثر المترتب على تعاقبها ونظرة واضع القانون المدنى لذات الأثر ، كيف أن الأول يعنيه فى الأصل عدم المساس بالمركز الاجرائى للخصم بينما الثانى يعنيه عدم المساس بجوهر أصل الحق الموضوعى . فقد جاء فى المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ عن المادة الأولى منه - ... والقاعدة فى سريان قوانين المرافعات على الدعاوى القائمة هى من الأحوال المسلمة إذ أن القوانين المنظمة لأصول التداعى والتراجع والحكم وطرق العلم والتنفيذ والتخفظ هى فى عمومها قوانين منظمة لمراكز قانونية خاضعة بطبيعتها للتعديل والتغيير من جانب المشرع ، دون أن يرى عمله يرجعية الأثر ، ولكن النص قد أخرج من هذه القاعدة العامة بعض مستثنيات رعاية لحقوق ثبتت أو مصالح رأتها اللجنة جديرة بالاستثناء .. - بينما جاء فى المادة ١٣ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى - والتي حذفت (هى وزميلاتها المتصلة بالتنازع الزمنى لقوانين المرافعات)

(١) الدكتور حسن كبيرة أصول القانون الطبعة الثانية سنة ١٩٦٠ رقم ١٨٨ ص ٤١٠

(٢) جلاسون وتسيه الطبعة الثالثة الجزء الأول سنة ١٩٢٥ رقم ٥ ص ١٠

على تقدير أنها أدخلت في قانون المرافعات منها في القانون المدني وعلى تقدير أنها ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة - جاء فيها «تسرى النصوص المتعلقة بإجراءات التقاضي دعاوى أو دفعاً من وقت العمل بهذه النصوص على ما يباشر من الإجراءات متعلقاً بحقوق تم كسبها قبل ذلك مادامت هذه النصوص لا تمس جوهر الحقوق أو مداها» .

وهكذا تتفاوت النظرة إلى الأثر المترتب على تعاقب قوانين المرافعات ، وإلى ما يجب الحرص عليه - عند تطبيق القانون الجديد - من حقوق موضوعية مكتسبة أو من مراكز إجرائية ثابتة قد تؤثر على تلك الحقوق - بطريق مباشر أو غير مباشر - وقد لا تؤثر عليها .

نتكلم أولاً في التعريف بقوانين المرافعات .

ثم ندرس التنازع الزمني لتلك القوانين من خلال تبيان أثر القانون الجديد على الوقائع التي لم تكتمل قبل العمل به ، وأثره على الوقائع التي اكتملت قبل صدوره ، وبعبارة أخرى ، من خلال تبيان مدى سريان القانون القديم أى الملقى - على الوقائع التي لم تكتمل في ظله ، ومدى سريانه على الوقائع التي اكتملت في ظله .

الفصل الأول

ماهية قوانين المرافعات

٢ - استعراض مذاهب الفقه - استحالة وضع معيار دقيق حاسم
يفرق بين القواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية :

يقول جلاسون ان المرافعات هي مجموعة القواعد التي تنظم الخصومة
اجراءات اثباتها واصدار الحكم فيها وتنفيذه تنفيذاً جبرياً هو وسائر
السندات التنفيذية ، أو هي مجموعة القواعد التي تنظم الحماية القضائية
للخصوم عند الاعتداء على حقوقهم أو عند انكارها (١) .

ويقول سوليس ويبرو أن القانون القضائي الخاص droit judiciaire
privé (يقصد قانون المرافعات على تقدير أن الاصطلاح المتقدم
أصلق في التعبير عن حقيقة ما تشتمل عليه دراسة هذا القانون . وعلى تقدير
أنه يعني ببيان جزاء الإخلال بالحقوق التي يقررها القانون المدني أو أي
فرع من فروع القانون الخاص) - انه مجموعة القواعد التي ترتب وتنظم
السلطة القضائية بقصد ضمان حماية حقوق الخصوم في مواد القانون الخاص (٢)

(١) جلاسون وتسميه رقم ١ ص ١

“La procédure est l'ensemble des règles établies pour l'exercice des actions en justice, l'instruction et le jugement des procès, l'exécution forcée des jugements et autres titres exécutoires.... elle est l'ensemble des règles à l'aide desquelles la protection autres titres exécutoires elle est l'ensemble des règles à l'aide desquelles la protection judiciaire est obtenue par les particuliers dont les droits sont méconnus ou contestés
وأنظر المعنى المتقدم في موديل الطبعة الثانية سنة ١٩٤٩ رقم ٤ و ٥ .

(٢) سوليس ويبرو سنة ١٩٦١ ص ١٣ رقم ٥ :

“L'ensemble des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de la justice en vue d'assurer aux particuliers la mise en oeuvre et la sanction de leurs droits subjectifs en matière de droit privé”.

ويقول جايبو ان قوانين المرافعات هي تلك التي تنظم السلطات القضائية من ناحية تشكيلها واختصاصها ، وتنظم عملها القضائي والولائي ، وتنظم حقوق الخصوم والزاماتهم وعلاقاتهم بصدد هذين النوعين من القضاء ، كما تنظم التنفيذ الجبري للأحكام ولجميع السندات التنفيذية (١) .

ويقول أبو هيف ان قانون المرافعات يطلق على مجموع الأصول والأوضاع والاجراءات التي يجب على المتقاضين مراعاتها للحصول على حقوقهم ، كما يجب على المحاكم اتباعها لإقامة العدل بين الناس (٢) .

ونعرف نحن قانون المرافعات بأنه هو القانون الذي ينظم الاجراءات القضائية وغير القضائية (أي التي لا تتصل بخصومة قائمة أمام القضاء) في نطاق القانون الخاص . وهو يشتمل على القواعد التي ترتب وتنظم السلطة القضائية (٣) . وتوزع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة ، وتوزعه على طبقات المحاكم وعلى محاكم الطبقة الواحدة ، كما يشتمل على القواعد المتعلقة بكيفية رفع الدعوى والبيانات الواجب توافرها في صيغتها وكيفية اعلانها وآثاره وبطلانه ، والوقت الذي تعتبر فيه مرفوعة ، وكيفية نظرها واجراءات الحضور وجزاء التخلف عن الحضور ، واجراءات اثبات الدعوى وجزاء عدم احترامها (٤) ، وجزاء عدم موالة الاجراءات ، وأثر مضي المدة فيها وميعاد ابداء الدفع المختلفة ، والأحوال التي يسقط

(١) جايبو الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٥ ص ١ رقم ١

“Les lois de procédure sont, en général, celles qui règlent l'organisation des juridictions leur, compétence, leur intervention dans les litiges ou les affaires non litigieuses, l'activité, les droits, obligations et rapports des parties; dans ces deux catégories d'affaires, ainsi que l'exécution forcée des actes ou engagements”

(٢) أبو هيف المرافعات رقم ١ ص ٢٦ .

(٣) ولو أفرد المشرع قانونا خاصا للسلطة القضائية كما هو الحال في الجمهورية العربية المتحدة .

(٤) ولو وردت في قانون مستقل للاثبات .

فيها الحق في التمسك بها ، وكيفية إصدار الحكم وبياناتكم وكيفية الطعن فيه واجراءاته وآثاره . كما يشتمل على القواعد التي تبين شروط تنفيذ الأحكام وسائر الأوراق القابلة للتنفيذ والتي تبين اجراءاته وآثاره . كل هذا سواء بصدد عمل السلطة القضائية القضائي أو عملها الولائي .

وإذا كانت قواعد المرافعات ترد كتقاعدة عامة في صلب قانون المرافعات وقانون السلطة القضائية ، فليس ثمة ما يمنع من ورودها في قوانين أخرى ، كالقانون المدني أو التجاري أو البحري أو قانون الإثبات .

كما قد ترد قواعد المرافعات في قوانين اجرائية أخرى غير قانون المرافعات ، كالقوانين التي تحدد اختصاص لجان الطعن بمصلحة الضرائب والأجراءات المتبعة أمامها أو القوانين التي تحدد اختصاص اللجان القضائية (أو الإدارية) بمنازعات الإصلاح الزراعي أو الجمارك ، والاجراءات المتبعة أمامها .. الخ . وبعبارة أخرى ، لاتحدد قواعد المرافعات بكونها قد وردت في قانون المرافعات ، فقد ترد في القوانين الموضوعية قواعد تتصل بالأجراءات ، وتكون عادة من مستثنيات القواعد العامة .

كذلك لا يمكن أن يقال أن القانون يعتبر أجرايا اذا كان لايمس الموضوع وذلك لأن من القوانين الاجرائية ما قد يمس الموضوع - كما سئرى - كالقوانين التي تنظم طرق الطعن في الأحكام مثلا ، وإنما وكما قلنا قوانين المرافعات هي تلك التي ترسم سبيل الألتجاء الى القضاء وسبيل اتخاذ الإجراءات على وجه عام (١) .

واذا كان يتيسر على فقه المرافعات تحديد قوانين المرافعات على النحو المتقدم ، فان فقه القانون الدولي الخاص يتعذر عليه اعمال للعيار العلم المتقدم في بعض الصور لأن بعض القواعد القانونية قد تتصل بالموضوع والأجراءات في ذات الوقت بحيث يتعذر فصل هذا عن ذاك ، ولأن بعض القواعد

القانونية قد يراها بعض الشراح متصلة بصميم الموضوع وحده ، بينما يراها البعض الاخر متعلقة بالأجراءات وفقا لما سوف نراه .

وبعبارة أخرى ، من الدراسات الشاقة في فقه القانون الدولي الخاص محاولة وضع معيار حاسم يفصل بين مايعتبر من الموضوع وما يعتبر من الإجراءات ، وتبدو أهمية هذا المعيار بصفة خاصة في القانون الدولي الخاص لأن القاعدة فيه أن القانون الذى ينظم قواعد المرافعات يكون هو قانون القاضى المعروض عليه النزاع Lex fori .

وفيا لى أمثلة لحالات يندق فيها لإعمال المعيار العام المتقدم .

٣- النصوص التى تحرم الالتجاء الى القضاء بالنسبة الى أحوال معينة
تعد ماسة بأصل الحق ومتعلقة بالأجراءات فى ذات الوقت :

قد تصدر بعض قوانين تحرم الشخص من الالتجاء الى القضاء بالنسبة الى أحوال معينة ، فتعد ماسة بأصل الحق لأنها تمس الوسيلة التى يحى بها صاحب الحق حقه ، وهى من ناحية أخرى ، تخاطب جميع المحاكم وتحرمها من الاختصاص بنظرها فتنشئ دفعا بعدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة . ونذكر على سبيل المثال المادة ٢٩١ من القانون رقم ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تنظيم الجامعات : التى تنص على أنه لايجوز الطعن بالالغاء أو وقف التنفيذ أمام أية هيئة قضائية فى القرارات والأوامر الصادرة من الهيئات الجامعية فى شئون طلابها - فهذه المادة لاتصل بتوزيع الاختصاص المتعلق بالوظيفة على جهات القضاء وانما هى تمنع هذه الجهات من نظر دعاوى معينة ، فهى أذن لم تمس أصل الحقوق - لأنها تمس الوسيلة التى يحى بها الشخص منفعة معينة ، وهى فى ذات الوقت تخاطب جهات القضاء وتمنعها من نظر هذه الدعاوى (١) .

(١) قارن حكم المحكمة الادارية العليا فى أول ديسمبر ١٩٥٦ - مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، السنة الثانية - المجلد الأول - ص ١٢٢ . وراجع : حكم محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ مارس ١٩٥٧ السنة ١١ ص ٣١٥ .

٤ - حالات قد يندق فيها تحديد طبيعة القواعد :

تعتبر القوانين المتعلقة بالشروط العامة لقبول الدعوى أو المتعلقة بالشروط الخاصة لقبول بعض الدعاوى من القوانين المتصلة بأصل الحقوق اذ تلمس وتقييد الوسيلة التي بمقتضاها يحمي صاحب الحق حقه . ومثالها القوانين التي تستوجب رفع الدعوى في خلال أجل معين والا كانت غير مقبولة ، والتي تستوجب اتخاذ اجراء معين قبل رفعها ، والتي تمنع من سماع دعوى الزوجة الا اذا كان عقد الزواج موثقاً أو كان سن الزوجين وقت الزواج مجاوزا المقرر في التشريع (١).

وبناء على ما تقدم ، شرط المصلحة بأوصافها التي اعتاد الفقه والقضاء ترديدها . لا يتصل باجراءات التقاضي . وانما يعتبر متصلاً بأصل الحق ، على تقدير أن المصلحة القانونية هي وجود الحق في رفع الدعوى ، وأن المصلحة الشخصية المباشرة (الصفة) هي نسبة الحق إلى رافع الدعوى ، وأن المصلحة القائمة الحالة هي كون الحق مستحق الأداء . واذن الكلام في المصلحة على النحو المتقدم هو كلام في أصل الحق (٢) .

أما القوانين التي تحدد الشروط العامة لقبول الدفع . أو القوانين التي تحدد ميعاد ابدائها . فهي القوانين المتصلة بالاجراءات أى من قوانين المرافعات .

وتعد القوانين المتصلة بعدم قبول الدفع أو الطعن أو المخلدة للمواعيد التي تتخلل الاجراءات . منظمة لاجراءات التقاضي فتخضع بطبيعة الحال لقانون القاضي . كالقوانين التي تحدد ميعاد الطعن في الحكم أو تلك التي تحدد وقت ابداء الدفع الشكلي أو وقت ابداء الدفع بعدم القبول .

(١) انظر نقض ١٧ نوفمبر ١٩٦٠ القضية ١٧ سنة ٢٩ قضائية - أحوان شخصية .

(٢) راجع جابيو رقم ٦٠ ومحمد حمدة فهمي رقم ٣٤٠ وكتابتنا المرافعات الطبعة التاسعة رقم ١١٣ وقدرن بالنسبة الى المصلحة القائمة الحالة كتاب الدكتور هشام عل صادق في تنازع الاختصاص القضائي النول رقم ٤٥ ص ١٧٧ وقارن المرجع الذي أشار اليه .

وتعد القاعدة التي تمنع القاصر من موالاة اجراءات الخصومة أو من رفعها من القواعد الموضوعية التي يرجع فيها إلى قانون جنسية القاصر (١) بمعنى أنه إذا كان الأجنبي لا يملك التقاضي إلا في سن ٢٥ سنة . فهو لا يملك رفع الدعوى في مصر على الرغم من أن سن الرشد فيها هو ٢١ سنة فقط . والعكس صحيح بمعنى أنه إذا كان القانون الذي يتبعه الأجنبي من حيث أهليته يجيز له التقاضي في سن ١٨ سنة فإنه يملك التقاضي في مصر . وتنص المادة ٢/١٤ من القانون السوري على أنه يعتبر أهلاً للتقاضي في سوريا الأجنبي الذي توفرت له شروط الأهلية طبقاً للقانون السوري ولو لم يكن أهلاً بحسب قانون بلده . ولعله قد قصد بهذا النص مراعاة مصلحة المواطن الذي يتعامل مع الأجنبي الذي بلغ ١٨ سنة على أنه قد اكتملت أهليته بما يسمح له بمقاضاته .. الخ (راجع الفقرة الأولى من المادة ١١ من القانون المدني المصري) .

ومنى رجوع القاضي الوطني إلى قانون الأجنبي لإدراك ما اتصل بأهليته وجب عليه عندئذ إعمال القانون الاجرائي الوطني فيقضى عند فقد الأهلية أو نقصها ببطالان الخصومة (في رأى) أو ببطالان صحيفة افتتاحها على اعتبار مباشرتها من ناقص الأهلية (في رأى آخر) أو يقضى بعدم قبول الدعوى (في رأى ثالث) على اعتبار رفعها من غير ذي صفة لأن القاصر لا صفة له في النود عن حقه .

ويرجع إلى القانون الذي يحكم الوكالة بالنسبة لآثارها ومدى سلطة الوكيل في موالاة الاجراءات والدعوى نيابة عن الأصيل .

وتعد القاعدة القانونية التي تمنع الوكيل من موالاة ورفع دعوى معينة نيابة عن الأصيل — تعد من القواعد الموضوعية المتصلة بذات الدعوى ، فيحكمها القانون الواجب التطبيق من حيث الموضوع ، فإذا أوجب مثلاً قانون اجنبي رفع دعوى التفرقة الجثمانية من جانب ذات الزوج ، ولم يجز رفعها بواسطة وكيله . واقامت هذه الدعوى في مصر وجب على القاضي

(١) أنظر في هذا الموضوع Henri Batiffol في كتابه Traité élémentaire de droit internationale privé. سنة ١٩٥٥ الطبعة الثانية رقم ٧٢٣ وما يليه والمراجع والاحكام المشار إليها فيه .

المصرى مراعاة هذه القاعدة الموضوعية إذا كان القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق من حيث الموضوع . وإذا لم تعتد المحكمة بوكالة رافع الدعوى عن الأصل وجب عليها الحكم بعدم قبولها .

٥ - قوانين المرافعات - بالمعنى المتقدم - لا تمس أصل الحقوق

بطريق مباشر ، وإنما قد تمسها بطريق غير مباشر :

ما دامت قوانين المرافعات تنصرف مهمتها إلى مجرد رسم السبيل الواجب اتخاذهُ والأوضاع التي تلزم مراعاتها عند اللاتجاء إلى القضاء وترشد القضاء إلى كيفية الفصل في الخصومات فإنه لا يتصور أن تمس أصل الحقوق بطريق مباشر (١) ، ما لم ينص القانون صراحة على غير ذلك فيقرر أن إجراء ما يرتب آثارا معينة تتصل بأصل الحقوق ، كما هو الحال بالنسبة إلى الآثار التي يربتها القانون المدني للمطالبة القضائية ، وكما هو الحال بالنسبة إلى الجزاءات التي يربتها قانون الإثبات متعلقة بالاجراءات وإنما قد تؤدي إلى المساس بجوهر الحقوق الموضوعية (أنظر على سبيل المثال المادة ٢/١٤ من قانون الإثبات الجديد ، والمادة ٢٠ وما يليها من القانون المتقدم) .

وفيما عدا ما تقدم لا تمس قوانين المرافعات أصل الحقوق بطريق مباشر وإنما قد تمسها بطريق غير مباشر ، فتؤدي إلى الإبقاء عليها أو تؤدي إلى زوالها . ومثال الحالة الأولى ما تقرره قواعد المرافعات من أن أصل الحق يظل بمنحى من السقوط أو الانقضاء بمضى المدة ما دامت المطالبة القضائية به قد رفعت صحيحة ، ولو وقف السير فيها المدة المسقطه لأصل الحق بالتقادم لأن رفع الدعوى إلى القضاء يقطع مدة تقادم الحق المدعى به ، ويبقى هذا الأثر ما بقيت الخصومة قائمة . فيكون بمأمن من كل سقوط أساسه مضي المدة (٢) .

(١) جارسونيه وسيزار برو ٢ رقم ٤٤ وما أشار اليه من مراجع وأحكام .

(٢) أنظر دراسة تفصيلية لهذه القاعدة في الطبعة الرابعة من كتاب نظرية الفروع في قانون المرافعات للدكتور أحمد أبو الوفا رقم ٢٧٩ وما يليه

ومثال الحالة الثانية ما يرتبه قانون المرافعات على سقوط الخصومة أو انقضاءها بالتقادم أو اعتبارها كأن لم تكن ، أو ما يرتبه قانون المرافعات ، على وجه العموم ، على انقضاء الخصومة بغير حكم في موضوعها إذ عندئذ تزول وتزول الآثار القانونية المترتبة عليها ، ولا تعتبر المطالبة بالحق في الخصومة المنقضية قاطعة لمدة سقوطه بالتقادم .

كذلك يرتب قانون المرافعات جزاءات عن مخالفة أوامره ونواهيها كما يرتها بصدد طرق الطعن في الأحكام ، وهذه وتلك قد تمس بطريق غير مباشر أصل الحق ، فقد ينقض بسبب الحكم بطلان الاجراء الذي كان يتعين أن يتم في ميعاد معين ، أو بسبب بطلان الطعن أو عدم قبوله لرفعه بعد الميعاد .

ومع كل ما تقدم يذهب رأى راجح في فقه المرافعات في فرنسا ينكر على الاجراءات صفتها هذه إذا مست أصل الحق . فثلاً يتجه الرأى في فرنسا إلى أن مسألة قبول الطعن أو عدم قبوله هي مسألة موضوعية يجب أن يطبق بصدها القانون النافذ يوم صدور الحكم ، بمعنى انه إذا استحدث القانون الجديد طريق طعن أو الفنى طريق طعن كان قائماً في التشريع ، أو إذا عدل القانون ميعاد الطعن في الحكم بالزيادة أو بالنقص ، فانه لا يسرى على ما صدر من أحكام قبل العمل به ، لأن كل الحالات المتقدمة تتعلق بقبالية الحكم للطعن وهذه مسألة موضوعية ، يحكمها القانون الذي يصدر الحكم في ظله ، وتكون في حماية من إعمال القانون الجديد عليها بأثر رجعى (١).

ونقول في التعليق على ما ذهب اليه الفقه والقضاء في فرنسا ، انه لا يمكن تزيه الاجراءات عن مساسها بجوهر الحقوق ، وإذا جردناها

(١) جلاسون وتسييه وموريل رقم ٦ ص ١١ وسوليس ويبرو رقم ٣٤ ص ٣٦ والأحكام المدينة المشار إليها فيه ، واستئناف باريس ٦ مارس ١٩٦٠ جازيت باليه ١٩٦٠ - ١ - ٣٥٩ ونقض ١٩ يوليو ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٩ - ١ - ١ (حكان) وتعليق سوليس عليها ، وروبييه ٢ رقم ١٤٤ ص ٧٢٨ .

من صفتها - باعتبارها كذلك - مجرد مساسها بنجوه الحقوق بطريق غير مباشر نكون قد خلطنا بين ما يعتبر من الموضوع وما يعتبر من الاجراءات ونكون قد انكرنا - بصورة عامة - عنصر الالتزام وعنصر الجزاء بصددتها ولا يمكن لقانون اجرائى أن يسير ويعمل وينتج على الوجه المطلوب بدونهما ولا يمكن لقانون اجرائى أن يبرأ من تضحيتة بالحق الموضوعى فى بعض الأحوال .

٦ - أهمية التفرقة بين قوانين المرافعات والقوانين الموضوعية :

تظهر أهمية هذه التفرقة من ناحية تحديد القانون الواجب التطبيق فى نطاق القانون الدولى الخاص ، والقاعدة الثابتة أن القانون الذى ينظم قواعد المرافعات هو قانون القاضى المعروض عليه النزاع Lex fori ، كما تظهر التفرقة من ناحية النزاع الزمنى للقوانين ، فالرأى الراجح فى تفسير المادة الأولى من قانون المرافعات أن قوانين المرافعات الجديدة تسرى كقاعدة عامة على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها وأنه تستثنى فقط من هذه القاعدة الحالات الثلاثة المقررة فى تلك المادة .

كما تظهر أهمية التفرقة المتقدمة من ناحية تحديد ما يسرى من اللائحة الشرعية على غير المسلمين من المصريين وما لا يسرى منها . فالقاعدة أن قواعدها الاجرائية تسرى على جميع المصريين أيا كانت ديانتهم وأيا كانت الشريعة الواجب إعمالها .

كذلك تظهر أهمية التفرقة المتقدمة بين قوانين المرافعات والقوانين الموضوعية فى صدد التحكيم . فقد يعفى المحكم من اتباع الأولى دون الثانية (١) وتنص المادة ٢/٥٠٦ من قانون المرافعات الجديد على أن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدین باجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى باب التحكيم ويكون حكمهم على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح .

(١) انظر كتابنا « التحكيم بالقضاء وبالصالح » .

الفصل الثاني

قواعد المرافعات بين القانون القديم والقانون الجديد

٧ - الأثر الفوري لقوانين المرافعات الجديدة :

قدما ان قوانين التنظيم القضائي أو الاختصاص أو المرافعات لا شأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ، وهي لا تؤثر على العلاقات القانونية بين المتقاضين . ومن ثم القوانين الجديدة منها تطبق فوراً على الدعاوى القائمة أمام المحاكم ولو كانت مرفوعة قبل العمل بالقوانين الجديدة ، أو كانت متعلقة بحقوق موضوعية مكتسبة للخصوم قبل العمل بتلك القوانين الجديدة^(١).

فهذه القوانين تطبق فور نفاذها إعمالاً لمبدأ سيادة القانون (٢) ، ولا يكتسب الخصوم حقاً في وجوب إعمال القوانين الاجرائية التي كانت نافذة وقت نشوء علاقاتهم القانونية أو نشوء حقوقهم الموضوعية .

وبعبارة مختصرة تسري قوانين المرافعات فور صدورها (٣) على الدعاوى القائمة إعمالاً لمبدأ سيادة القانون . ولأن هذه القوانين لا تمس جوهر حقوق الخصوم الموضوعية : ولأن هؤلاء لا يعينهم أن تنتظر دعواهم محكمة معينة

(١) جلاسون وتسييه رقم ٥ ص ١٠ والمراجع اشر اليها فيه . وأنظر : Roubier الجزء الثاني رقم ١٤٠ وما يليه .

(٢) جلاسون المرجع السابق .

(٣) تاريخ العمل بالقانون كقاعدة عامة هو تاريخ نشره بالجريدة الرسمية لا بتاريخ إصداره فالإصدار عمل قانوني متمم للقانون ذاته بينما النشر عمل مادي يتلو الإصدار ويتم بظهور القانون في الجريدة الرسمية للدولة ، والفرض منه إبلاغ الجمهور بالقانون ليكون حل علم به قبل تطبيقه - فهو شرط لازم لإمكان تنفيذ القانون (راجع المذونة ١ رقم ٣١ و ٣٢ وحكم محكمة القضاء الإداري ٣١ يناير ١٩٥٠ القضية رقم ٢٣١ سنة ٢ ق) .

دون أخرى ، أو محكمة مشكلة تشكيلا معيناً دون تشكيل آخر ، كما لا يعنيهم أن يتخلوا شكلاً معيناً دون شكل آخر ..

ويقرر القاعدة الأساسية المتقدمة صدر المادة الأولى من قانون المرافعات السابق وقانون المرافعات الجديد (والمادتان فيهما متطابقتان) ، فهذه المادة الأولى تقول «تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن قد تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها ... » .

وفيما يلي بعض أمثلة لما تقدم بمناسبة صدور قانون المرافعات الجديد :

١ - إذا أعلنت ورقة من أوراق المحضرين بعد نفاذ القانون الجديد ، وجب أن يعتد في ذلك بما رسمه هذا القانون الجديد من اجراءات مستحدثة وبما نص عليه من جزاءات عند المخالفة وذلك وفقاً للمادة ٩ منه وما يليها ، ولو كانت الورقة قد قدمت للاعلان قبل نفاذه .

٢ - تحكم المحكمة بالفرامة المقررة في المادة ١٤ من القانون الجديد - على طالب الاعلان إذا تعمد - بعد العمل به - ذكر موطن غير صحيح للمعلن اليه بقصد عدم وصول الاعلان اليه . وبداهة لا يوقع هذا الجزاء إذا تمت المخالفة في ظل القانون السابق (١) .

٣ - استحدث القانون الجديد ما قرره في الفقرة الثانية من المادة ٢٠ منه ، وهي تنص على أنه لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء . فاذا تم اجراء في ظل القانون السابق ، وحصل التسلك ببطلانه في ظل القانون الجديد ، فإن المحكمة تحكم بصحته أو يبطلانه بالتطبيق لنصوص القانون الذي ولد الاجراء في ظله . ومع التسليم بما تقدم يجوز نفي البطلان وفقاً للنص المستحدث ، ونفاذاً له (٢)

(١) أنظر التطبيق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة ١٤ .

(٢) أنظر دراسة تفصيلية في التطبيق عن المادة ٢٠ ص ٩٢ وما يليها .

وبعبارة أخرى ، تفترض الفقرة الثانية من المادة ٢٠ أن المخالفة الموجبة لحكم بالبطلان قد تمت وتفترض أن القانون السابق أو الجليلد ينص صراحة على البطلان ، ومع كل هذا هي تمنع المحاكم من الحكم به ، متى كان الاجراء قد حقق الوظيفة الاجرائية التي رسمها له القانون ، والتي من أجلها نص عليه ومن أجلها نص على البطلان ومن أجلها قصد حماية حقوق المتقاضين (١)

٤ - تنص المادة ٢/٦٢ على أنه في الحالات التي ينص فيها القانون على تحويل الاختصاص المحلي لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه لا يجوز الاتفاق مقدماً على ما يخالف هذا الاختصاص .

وهذه المادة المستحدثة يعمل بها بمجرد نفاذ القانون الجليلد لا بالنسبة للدعاوى المرفوعة عن عقود أبرمت قبل العمل بالقانون الجليلد وذلك عملاً

(١) ومع ذلك قارن نقض ١٩٦٧/١٠/٢٥ سنة ١٨ ص ١٥٥٢ - وفي هذه القضية كانت صحيفة افتتاح الدعوى باطلة بسبب غلواها من توقيع المحامي وصدر حكم محكمة الدرجة الأولى بطلانها ، وفي الاستئناف كان قد صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الذي أضاف الفقرة الثانية الى المادة ٢٥ من القانون السابق والتي أجازت التصحيح بالتكلة فتسلك المدعى بالتكلة وفقاً له ، ورفضته محكمة الاستئناف على تقدير أن قوانين المرافعات الجديدة لا تشرى على ما فصل فيه من دعاوى ولو بأحكام غير نهائية ، وأيدت محكمة النقض هذا الحكم . وفات المحكمان أن الاستئناف يطرح النزاع من جديد أمام محكمة الدرجة الثانية ، وأنه مادام الدفع بالبطلان قائماً أمام المحكمة وما دام التسلك به قائماً يكون التسلك بالتصحيح بالتكلة جائزاً مادامت المرافعة مفتوحة وليس ثمة ميعاد واجب الاحترام قد انقضى ، وأن الفقرة المستحدثة من المادة ٢٥ أثر فوري مباشر عملاً بالمادة الأولى من قانون المرافعات .

ولقد صدر حكم جدير بالاشارة من محكمة النقض في ١٩/٦/١٩٦٩ الطعن رقم ٣٤٤ سنة ٣٥ ق أيد ما هو ثابت بالمتن أجاز في البطلان عملاً بالمادة ٢/٢٠ ولو من اجراءات باطلة تحت في ظل القانون السابق . وقرر أنه اذا كان أنصاع شركة النيل لتأمين في شركة الشرق لتأمين مقتضاه انتهاء شخصية الشركة المتدججة واعتبار الشركة الداججة وحدها الجهة التي تختص في شأن حقوق الشركة المتدججة والزائمتها ، واذا كان اعلان التقرير بالظعن بالنقض قد تم الى الشركة المتدججة دون الداججة ، ومع ذلك قامت الشركة الداججة بتقديم مذكرة يدافعها في الميعاد باعتبارها هي الشركة التي خلفت الشركة الأولى بعد انقضاءها ، فان الناية التي يبتغيها المشرع من اعلانها قد تحققت عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٢٠ المستحدثة و عملاً بالمادة الأولى من قانون المرافعات .

بصدر المادة الأولى التي توجب تطبيق القانون الجديد على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات (١) .

٥ - تنص المادة ٨٢ وما يليها على قواعد واجبة الاتباع عند غياب الخصوم ، وهي مغايرة لما كان ينص عليه قانون المرافعات السابق . وهي واجبة الاتباع طبقاً لصدر المادة الأولى من قانون المرافعات الجديد ولو كانت الدعوى مرفوعة قبل العمل به . ومن ثم تملك المحكمة الحكم في الدعوى في الجلسة الأولى متى كانت صالحة لذلك عملاً بالمادة ١/٨٢ .

٦ - إذا رفع النزاع ذاته إلى محكتين قبل العمل بالقانون الجديد ، ودفع بالا حالة لقيام نفس النزاع وكانت تنظر الدفع المحكمة التي رفع إليها النزاع أولاً طبقاً للمادة ١٣٧ من القانون السابق ، ثم صدر القانون الجديد ، وجبت احالة الخصومة في الدفع إلى المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً عملاً بالمادة ١/١١٢ منه .

ولذا دفع بالإحالة في ظله فان المحكمة التي تنظر الدفع هي التي رفع إليها النزاع أخيراً عملاً بالمادة ١/١١٢ .

٧ - يجوز تصحيح الصفة باختصاص الواجب اختصاصهم في الدعوى وذلك عملاً بالفقرة الثانية من المادة ١١٥ . هذا ولو كانت الدعوى قد رفعت قبل العمل بالقانون الجديد (٢) .

٨ - تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها عملاً بالمادة ١١٦ المستحدثة . ولو كانت الدعوى قد رفعت قبل العمل بالقانون الجديد وكان الحكم الأول قد صدر فيها قبل العمل به ، وذلك لأن الحجية أصبحت من النظام العام في القانون الجديد .

(١) أنظر دراسة تفصيلية في التعليق من المادة ٢/٦٢ ص ٢١٤ وما يليها ، وأنظر ماقلناه بصددها في رقم ٢٠ (١١) .

(٢) أنظر دراسة تفصيلية لهذه المادة في كتاب التعليق ص ٣٠٧ ومايليها .

٩ - للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر عملاً بالمادة ١١٨ المستحدثة بادخال من ترى اختصاصه في الدعوى - ولو كانت مرفوعة قبل العمل بالقانون الجديد - وذلك لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة .

١٠ - أوجب القانون الجديد ابداء الطلبات العارضة من المدعى أو المدعى عليه في مواجهة الآخر قبل اقفال باب المرافعة في الدعوى ، وهذه القاعدة المستحدثة يعمل بها ولو بصدد دعوى رفعت قبل العمل به (م ١٢٣) .

١١ - حذفت المادة ١٣٦ من القانون الجديد العبارة الأخيرة من المادة ٣٠٣ من القانون السابق التي كانت تنص على أنه إذا قدم طلب سقوط الخصومة أحد الخصوم استفاد منه الباقيون (١) . وهذه الفقرة الملغاة لا يعمل بها إذا قدم الطلب بعد العمل بالقانون الجديد . وإنما إذا قدم أحد الخصوم طلب إسقاط الخصومة قبل العمل بالقانون الجديد . فان الأثر المترتب على الطلب ينفذ وفقاً لأحكام القانون السابق ، فيفيد منه الباقيون ، ولو صدر الحكم بإسقاط الخصومة في ظل القانون الجديد ، لأن هذا الحكم إنما يصدر في حدود الطلب القضائي المقدم من الخصم وبالحالة التي كان عليها وقت الإدلاء به عملاً بقاعدة أساسية في التشريع مقتضاها أن الطلب القضائي ينظر بالحالة التي كان عليها وقت الإدلاء به .

١٢ - بدهاء لا يعمل بالجزاء المستحدث إلا إذا تمت المخالفة في ظل القانون الجديد ، كذلك لا يعتد بتشديد الجزاء - أى لا يعتد بالجزاء الأشد المستحدث - إلا إذا تمت المخالفة في ظل القانون الجديد ، وذلك وفقاً لما سنراه (٢) . ومن ثم لا يحكم بالغرامة المقررة في المادة ٢/١٨٨ بسبب ابداء دفع أو طلب كيدى إلا إذا تم ابداء هذا أو ذلك بعد العمل بالقانون الجديد .

(١) أنظر دراسة تفصيلية لهذه العبارة في كتاب نظرية الدعوى - الطبعة الرابعة رقم ٣٢٨ .

(٢) رقم ١٤ وما يليه .

١٣ - لا يسقط أمر تقدير المصاريف إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ، على تقدير أنه يعتبر مكثراً للحكم بالالتزام ، وذلك عملاً بما استحدثته المادة ١٨٩ من قانون المرافعات الجديد ، ولو كان الأمر قد صدر في ظل القانون السابق الذي لا ينص على هذه القاعدة والذي يقرر على وجه العموم سقوط الأوامر على العرائض إذا لم تقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها (م ٣٧٦ منه - م ٢٠٠ من القانون الجديد) أو كانت مدة الثلاثين يوماً المتقدمة قد انقضت قبل العمل بالقانون الجديد ، وذلك لأن الخلاف كان محتتماً في ظل القانون السابق حول جواز إعمال المادة ٣٧٦ منه بصدد أوامر تقدير المصاريف أو عدم جواز إعمالها ، فلا يتصور ثمة مركز اجرائي ثابت أو مكتمل تجدر حمايته عند تطبيق القانون الجديد . هذا فضلاً عن أن القاعدة المستحدثة قد قصد بها تحقيق المصلحة العامة حتى لا تشغل المحاكم بإعادة تقدير مصاريف الدعاوى بعد أن تكون قد قامت بالفعل بتقديرها من قبل .

١٤ - يجوز استصدار أمر أداء عن منقولات معينة بنوعها ومقدارها عملاً بالقاعدة المستحدثة في المادة ٢٠١ ولو كان أصل العلاقة القانونية التي ترتب الالتزام عليها قد نشأت قبل العمل بالقانون الجديد . وذلك إعمالاً لصدر المادة الأولى من قانون المرافعات .

١٥ - لما كان طعن النائب العام بالنقض قد قصد به مصلحة القانون وتحقيق المصلحة العامة ، فمن الجائز ولوجه - على الرغم من استحدثائه بمقتضى قانون المرافعات الجديد (م ٢٥٠) - ولو بصدد أحكام صدرت في ظل القانون السابق . ذلك لأن مثل هذا الطعن لا يمس مراكز الخصوم الثابتة والمكتملة المترتبة على صدور الحكم المطعون فيه .

١٦ - إذا رفعت دعوى في ظل القانون السابق وتمسك المدعى بشمول الحكم الصادر فيها بالنفاذ المعجل بحكم المحكمة وجوباً عملاً بهذا القانون الذي يوجب شمول الحكم بالنفاذ المعجل في حالات محددة فيه (تراجع

فيه المادتان ٤٦٨ و ٤٦٩). وإذا صدر الحكم في ظل القانون الجديد ، فهل يلزم القاضي بشمول الحكم بالنفاذ المعجل الوجوبى على تقدير أن العبرة بيوم رفع الدعوى لمعرفة ما إذا كان الطلب مقبول أو غير مقبول وأن حقوق الخصوم إنما تتحدد يوم الادلاء بالطلب القضائى ، أم أن للمادة ٢٩٠ الجديدة أثر فورى مباشر بمجرد نفاذ القانون الجديد الذى اتفق حالات النفاذ المعجل الوجوبى . وأدخل حالته فى المادة ٢٩٠ التى جعلت للمحكمة سلطة تقديرية فى شمول حكمها بالنفاذ المعجل أو فى عدم شمول حكمها به .

نرى أن الرأى الآخر هو الصحيح لأنه — إذا كانت القاعدة الأساسية أن قابلية الحكم للتنفيذ الجبرى بقوة القانون أو قابليته للنفاذ المعجل بقوة القانون أو عدم قابليته له هى وصف للحكم يولد معه ويولد للخصوم بمقتضاه مراكز اجرائية مكتملة ولو جاء قانون جديد بعد صدور الحكم بمنع تنفيذه بعد أن كان جائزاً . أو يحجز هذا التنفيذ بعد أن كان ممنوعاً — ألا أنه إذا صدر الحكم بعد نفاذ القانون الجديد فانه يخضع لسلطانه من حيث القابلية للتنفيذ الجبرى . أو عدم القابلية له ولو رفعت الدعوى فى ظل قانون مغاير للقانون الجديد فى صدد ما تقدم . ولا يعتد بما يقال فى هذا الصدد بأن حقوق المدعى إنما تتحدد يوم الادلاء بالطلب القضائى حتى لا يضار من جراء بطلان التناضى أو مشاكسة الخصم الآخر ، وأنه على هذا التقدير يخضع تنفيذ الحكم الصادر فى الطلب القضائى للقاعدة القانونية المقررة يوم الادلاء به أمام المحكمة . وذلك لأن الاجراءات الواجبة الاتباع عند نظر الطلب القضائى عند إثباته وعند صدور الحكم الصادر فيه . وعند الطعن فيه وعند تنفيذه يحكمها المشرع ويحددها القانون النافذ وقت اتخاذ أى اجراء من الاجراءات المتقدمة . وكل ما يملكه المدعى عند الادلاء بطلبه القضائى هو مجرد أمل فى أن ينظر على نحو معين أو أن تختص به محكمة معينة أو أن يكون الحكم الصادر فيه قابلاً للطعن أو قابلاً للتنفيذ ، دون أن يكون له فى هذا الصدد حتى أو مركز اجرائى مكتمل .

١٧ — تسرى المواد ٣٠٢ وما يلها من قانون المرافعات الجديد المتعلقة بالابتداع مع التخصيص أو قصر الحجز على بعض الأموال المحجوزة بأثر

مباشر على المحجوز القائمة عند نفاذه لأنها ترسم اجراءات مستحدثة قصد بها تحقيق حسن العدالة دون المساس بحقوق الحاجزين أو المحجوز عليهم أو الغير.

١٨ - لما كانت اجراءات التنفيذ تنشئ حالة قانونية تخضع للقانون المعمول به وقت سريانها ، فاذا بدأت هذه الحالة في ظل القانون السابق ، فليس ثمة ما يمنع من خضوعها لأحكام القانون الجديد بأثر مباشر سواء من ناحية وقف التنفيذ مؤقتاً بحكم المحكمة (١) أو وقفه بقوة القانون عملاً بالفقرة الثالثة المستحدثة من المادة ٣١٢ (التي ترتب وقف التنفيذ بقوة القانون على الإشكال الأول الذى يقيمه الطرف الملزم فى السند التنفيذي) إذا لم يكن قد اختصم فى إشكال سابق) ، أو من ناحية انقضاء هذه الحالة القانونية كما قلنا فى الرقم السابق .

١٩ - توقع المحجوز التحفظية فى ظل القانون الجديد بأثره الفورى وعملاً بنصوصه (م ٣١٦) وفى الحالات التى حددها هذا القانون ولو كان قد استحدثت حالات لم تكن قائمة فى التشريع وقت نشوء العلاقة القانونية بين الخصوم .

٢٠ - نعلم أن القانون الجديد قد ألغى الجزاء العام الذى كان قد استحدثه القانون السابق الذى كان بمقتضاه يملك الحاجز (فى حجز ما للمدين لدى الغير) ولو لم يكن بيده سند تنفيذى الزام المحجوز لديه التقرير بما فى ذمته (م ٥٦٥ منه) ، وكان الحاجز بعدئذ يملك توقيع الجزاء الخاص عملاً بالمادة ٥٦٦ من القانون السابق إذا أصر المحجوز لديه على الامتناع عن التقرير أو للأسباب الأخرى المقررة فى تلك المادة ، بشرط أن يكون قد حصل على سند تنفيذى . وقد ألغت المادة ٣٤٣ من القانون الجديد الجزاء العام

(١) نقض ٢٦ يناير ١٩٥٠ الطعن رقم ٣ سنة ٢٠ ق - أنظر ملخص هذا الحكم فى رقم ٢٢ . وقد أجازت محكمة النقض طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه عملاً بالأثر المباشر للمادة ٤٢٧ من القانون السابق التى أجازت - على خلاف القانون القديم - وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض بشروط معينة .

المتقدم ونصت على أن عدم التقرير بما في النمة يجيز للحاجز الذي بيده سند تنفيذي طلب الحكم له على المحجوز لديه بالدين المحجوز من أجله . ولما كان الجزء العام المتقدم هو مقرر في الأصل لصالح الخزانة العامة (١) ، وكان القانون الجديد قد خفف - في الواقع - الجزء المترتب على الامتناع عن التقرير بما في النمة ، فإن الحاجز لا يملك بعد نفاذ القانون الجديد الا طلب توقيع الجزء المقرر في المادة ٣٤٣ ولو كانت المخالفة قد تمت في ظل القانون السابق (٢) .

٢١ - إذا ألغى القانون الجديد ميعداً من المواعيد . ولم يكن الميعاد قد اكتمل في ظل القانون السابق ، فلا يعتد بما جرى من الميعاد ، وتسرى القاعدة المستحدثة بأثر مباشر . مثال ذلك إلغاء ميعاد الستين يوماً لتسجيل تنبيه نزع الملكية - في التنفيذ على العقار - والا اعتبر التنبيه كأن لم يكن (م ١٦٣ من القانون السابق) ، فإذا بدأ الميعاد المقرر في المادة ٦١٣ قبل نفاذ القانون الجديد ، وصلى هذا القانون قبل أن يكتمل الميعاد ، فإن القانون الجديد هو الواجب التطبيق في هذا الصدد عملاً بالمادة الأولى من قانون المرافعات ، لأن القانون الجديد قد ألغى الميعاد ، وهو لم يكتمل وفقاً للقانون الذي بدأ في ظله (٣) .

٢٢ - إذا أبرم عقد تحكيم في ظل القانون السابق . ولم يتفق فيه على شخص المحكم ، فإن العقد لا ينفذ في ظل القانون الجديد : ولا يجرى التحكيم الا بعد الاتفاق على شخص المحكم : لأن المادة ٣/٥٠٢ من القانون الجديد لا تعند بالتحكيم أو باجرائه الا إذا اتفق الخصوم على شخص المحكم ، ولأن قانون المرافعات الجديد لم تعد فيه وسيلة مقررّة لتعيين المحكم وكل هذه القواعد أساسية من النظام العام .

(١) أنظر في دراسته كذب التنفيذ رقم ٢٣٥ .

(٢) أنظر ما تقرر في الفقرة رقم ١٧ .

(٣) أنظر في رقم ١٣ دراسة لمحمد المقرر في العدد ٤١٤ من القانون الجديد ، وهو ميعاد سقوط حل محل ميعاد كمل كن مقرر في القانون السابق .

٢٣ - إذا أبرم عقد تحكم في ظل القانون السابق ، وتنفذ في ظل القانون الجديد ، فإن الحكم يتمتع بالأوضاع المقررة في هذا القانون . ويملك عدم التقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في باب التحكم ، وذلك عملاً بالمادة ١/٥٠٦ من القانون الجديد المخالفة للمادة ٨٣٤ من القانون السابق التي كانت تنص على أن الحكم يتبع الأصول والمواعيد المقررة أمام المحاكم إلا إذا أضحى منها صراحة .

وإذا رفعت دعوى بطلب بطلان حكم محكم صدر في ظل القانون السابق فإنها توقف تنفيذه عملاً بالمادة ٣/٥١٣ من القانون الجديد ، وهذه المادة تخالف المادة ٨٤٩ من القانون السابق التي لم تنص على وقف تنفيذ الحكم - بقوة القانون - عند رفع الدعوى بطلانه .

٨ - استثناءان : الأوضاع المكتملة - المراكز الجديدة بالحماية :

إذا كانت القاعدة المتقدمة هي الأساسية فيما نحن بصدد ، إلا أنه يرد عليها نوعين من الاستثناءات . كل استثناء يقوم على اعتبارات تختلف عن الاعتبارات التي يقوم عليها الاستثناء الآخر .

فالاستثناء الأول يتعلق بالأوضاع الإجرائية المكتملة في ظل القانون القديم . وهذه يحكمها هذا القانون إعمالاً لسيادته ونفاذاً له . ما لم ينص القانون الجديد صراحة على غير ذلك .

والاستثناء الثاني يتصل بالمراكز الإجرائية الجديدة بالحماية رعاية لمصالح الخصوم أو تحقيقاً لحسن سير العدالة . وهذه تمتد سريان القانون القديم إليها للأسباب المتقدمة . على الرغم من أن هذه المراكز لم تثبت في ظله ولم تكون في ذاتها وصفاً إجرائياً مكتملاً .

والاستثناء الأول يقرره مفهوم مخالفة صدر المادة الأولى من قانون المرافعات . ومقتضاه أن قوانين المرافعات الجديدة لا تسرى على مافصل فيه من الدعاوى أو تم من إجراءات قبل تاريخ العمل بها .

كما تقرر هذا الاستثناء بصورة جزئية المادة الثانية من قانون المرافعات السابق والجديد (والمادتان متطابقتان) ، وهي تقول : وكل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك ولا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها (١) .

والاستثناء الثانى تفره الفقرات الثلاثة الأخيرة من المادة الأولى من قانون المرافعات .

وسوف تلور دراستنا التالية حول هذين الاستثنائين .
وقد لا يتيسر في بعض الأحوال التقيد - بصورة كاملة - بالتحديد المتقدم ، نظراً لتشعب الفروض المختلفة للحالات ، بحيث قد يضطرنا استكمال البحث في مكان واحد إلى ذكر فروض ثانوية قد يتطلب المنطق بصدها أن تدرج في مكان آخر . وسوف نشير إلى كل هذا في حينه .

الفرع الاول

سريان القانون القديم على الأوضاع الاجرائية المكتملة في ظله

٩ - مبدأ عدم رجعية القوانين (٢) :

مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة هو من المبادئ الأساسية المقدسة في غالبية القوانين الحديثة لأنه يتمشى مع المنطق والعدل ، وهو يصادف

(١) يستمد بعض الشراح مبدأ انعدام الأثر الرجعى لقوانين المرافعات في القانون المصرى من المادة الثانية من قانون المرافعات وحدها ، في حين أن هذه المادة قد طبقت المبدأ بصورة جزئية وفي حين أن صدر المادة الأولى هو الذى قرر المبدأ في صورة عامة شاملة (قارن : حسن كبيرة رقم ٢١١ وتتمس الوكيل رقم ١٤٥ انراجع السابقة الإشارة اليه) .

La non-rétroactivité des lois

(٢) تنص المادة ٢ من القانون المدنى الفرنسى على أنه " لا يحكم القانون إلا بالنسبة إلى المستقبل فليس له أثر رجعى " .

و يقرر المبدأ المتقدم بصورة صريحة جميع الدساتير المصرية المتعاقبة (٢٧٨ من دستور ١٩٢٣ و ١٨٦ من دستور ١٩٥٦ ، و ٦٦ من دستور ١٩٥٨ ، و ١٦٣ من دستور ١٩٦٤) .

في التطبيق العمل مشكلات عديدة ، نحاول تحديدها فيما يلي بصدد قوانين المرافعات . وهي تنحصر في صدد الدعاوى التي فصل فيها ، والاجراءات التي تمت ، والمواعيد التي انقضت ، والجزاءات ، وكيفية التمسك بهذه الجزاءات .

١٠ - الدعاوى المحكوم فيها :

تقرر المادة الأولى من قانون المرافعات - بمفهوم مخالفتها - ان الدعاوى التي تم الفصل فيها قبل العمل بالقانون الجديد لا تخضع لحكمه وانما تسرى عليها أحكام القانون القديم .

كذلك تقرر هذا المبدأ - في صورة جزئية وبصدد قوانين الاختصاص - المادة الثانية من القانون باصدار قانون المرافعات إذ تقول وعلى المحاكم أن تحيل بلون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون . وذلك بالحالة التي تكون عليها .. الخ . ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها أو الدعاوى الموجلة للنظر بالحكم بل تبقى خاضعة لأحكام النصوص القديمة (١) .

والقاعدة الأساسية أنه متى صدر الحكم في ظل القانون القديم فانه يأخذ حكمه من ناحية قابليته للتنفيذ الجبري بقوة القانون أو قابليته للنفاذ المعجل بقوة القانون أو عدم قابليته له . بحيث إذا كان قابلاً للتنفيذ وفقاً للقانون القديم وصدر القانون الجديد قبل إجراء تنفيذه فانه يظل قابلاً للتنفيذ ولو قرر القانون الجديد عدم قابلية مثله للتنفيذ . والعكس صحيح ، بمعنى انه إذا صدر حكم غير قابل للتنفيذ في ظل قانون ما ثم صدر قانون جديد يجعل مثله قابلاً للتنفيذ فان الأول لا يكون قابلاً للتنفيذ بقوة القانون الجديد .

كذلك إذا صدر حكم مشمول بالنفاذ المعجل بحكم المحكمة ثم صدر قانون جديد يجعل مثله غير قابل للشمول بالنفاذ المعجل . فان هذا القانون

(١) راجع أيضاً المادة ٤ من قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ بصدد قانون المرافعات السابق

لا يحس القوة التنفيذية للحكم الأول . والعكس صحيح ، بمعنى أنه إذا صدر حكم غير مشمول بالنفاذ المعجل ثم صدر قانون جديد يوجب على المحكمة شمول مثله بالنفاذ المعجل فإن هذا القانون الجديد لا يؤثر في عدم قابلية الحكم الأول للنفاذ ، ولا يجوز للمحكوم له طلب شموله بالنفاذ في ظل القانون الجديد .

وبكلمة واحدة ، قابلية الحكم للتنفيذ الجبرى أو عدم قابليته له هي وصف لحكم يولد معه ويولد بمقتضاه مراكز اجرائية مكتملة ، فلا يؤثر فيها صدور أى قانون جديد مغاير للقانون الذى صدر الحكم فى ظله .

والقاعدة الأساسية أيضاً انه متى صدر حكم فى ظل قانون معين ، وكان غير قابل للطعن فيه بأى طريق أو أصبح كذلك ، فإن صدور أى قانون جديد لا يؤثر فى المراكز الاجرائية المكتملة للخصوم ولو جعل مثله قابلاً للطعن ، وذلك احتراماً لتلك المراكز الثابتة المكتملة .

وسوف ترد فيما بعد فروض أخرى للحالة الأخيرة لا تكون مراكز الخصوم فيها مكتملة . وقد اختلف الرأى بصدها فى فرنسا ، بين امتداد سريان القانون القديم عليها أو نفاذ الجديد بصدها . وقد نص قانون المرافعات المصرى فى المادة ٣/١ منه على سريان القانون القديم إذا صدر الحكم فى ظله .

ومن ناحية أخرى ، تقصد المادة الأولى من قانون المرافعات أن تقرر أن قانون المرافعات الجديد لا يسرى على الدعاوى التى حكم فيها قبل نفاذه ، بحيث لا يعاد نظرها من جديد فى ظله ولو عدل تعديلاً جوهرياً إجراءات نظر الدعوى أو إجراءات رفعها أو إجراءات إثباتها .

كذلك تقصد المادة عدم إعادة نظر الدعاوى التى انقضت قبل العمل بالقانون الجديد بقوة القانون القديم ودون حكم من المحكمة — كما إذا ظلت الدعوى مشطوبة — فى ظل القانون السابق — المدة الكافية لاعتبارها كأن

لم تكن بقوة نصوصه وبغير حاجة إلى صدور حكم (راجع المادة ٩١ من القانون السابق والمادة ٨١ من القانون الجديد) .

ولا يعاد نظر الدعوى التي تم الفصل فيها قبل نفاذ القانون الجديد ولو كان الحكم الصادر فيها قابلاً للطعن أو طعن فيه بالفعل . وبعبارة أخرى مرحلة التقاضي التي تمت بصدور حكم قبل العمل بالقانون الجديد يعتد بها ولا تعاد من جديد بعد العمل به ولو استحدثت اجراءات جوهرية لنظر الدعوى أو اثباتها .

وبعبارة ثالثة ، مبدأ عدم رجعية القانون يستوجب عدم المساس باجراءات التقاضي التي تمت بصدور حكم وانتهت به . ولو كان هذا الحكم قابلاً للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية ، أو كان قد طعن فيه بالفعل ، وذلك لأن كل مرحلة من مراحل التقاضي تحتم بصدور حكم ينهى الخصومة برمتها أمام المحكمة يكون لها كيانها المستقل ، (وقد يحسم هذا الحكم الخلاف بصور باثة كما إذا فوت الخصوم ميعاد الطعن فيه أو إذا حكم بعدم قبول الطعن فيه أو بعدم جوازه أو بطلانه) . والرأى المتقدم هو الثابت فقهاً وقضاءً في فرنسا (١) . ويؤكد في القانون المصري (١) أن المادة الرابعة من قانون إصدار قانون المرافعات السابق كانت تنص على عدم احالة الدعاوى من المحاكم التي أصبحت غير مختصة بها بعد العمل بالقانون الجديد متى حكم فيها ولو غيائياً . (٢) أنه عند نظر مشروع قانون المرافعات السابق بلجنة المرافعات بمجلس الشيوخ قال المرحوم الأستاذ الدكتور محمد حامد فهمي بجلسته ١٧ ابريل سنة ١٩٤٧ : أن الغرض من عبارة «فصل فيه» الواردة في صدر المادة الأولى أن يكون قد فصل في الدعاوى ولو لم يحكم فيها نهائياً . وقد وافقت اللجنة على هذه الملاحظة (٣) .

(١) جلاسون وتسييه ١ رقم ٥ ص ١١ وأحكام النقض الفرنسي المشار إليها فيه ، وموريل رقم ١٩ ص ١٨ ونقض فرنسي ٢٣ مايو ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ ص ١٤٣ وسوليس وبيرو رقم ٢٧ ص ٣٠ ومايليا وأحكام النقض الحديثة المدينة المشار إليها في المرجع الأخير .
(٢) المئونة ١ ص ١١ .

(٣) أن المادة ١٥ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على أنه تسرى النصوص المتعلقة بالتنظيم القضائى واختصاص المحاكم وما تقوم به من توجيه للاجراءات من وقت العمل بهذه النصوص على الدعاوى المنظورة التى لم يصدر فيها حكم فى الموضوع نهائياً كان هذا الحكم أو غير نهائى .

وقد استبعدت هذه المادة من المشروع التمهيدى للقانون المدنى على اعتبار أنها أدخلت فى قانون المرافعات منها فى القانون المدنى .

وإذن ، لا يعاد نظر الدعوى التى تم الفصل فيها قبل نفاذ القانون الجديد الا إذا طعن فى الحكم الصادر فيها بطريق من طرق الطعن ، وقد يترتب عليه إعادة النزاع على المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه . وعندئذ ينظر - بداية - وفق الاجراءات المقررة فى القانون الجديد ، وهو القانون الذى تتخذ الاجراءات من جديد فى ظله .

فتلا إذا صدر حكم من محكمة الاستئناف فى ظل القانون السابق ، ثم طعن فيه بالنقض ، وقضت محكمة النقض بنقض الحكم واحالة النزاع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم ، ثم صدر القانون الجديد . فانه يتعين أن تتخذ عند نظر هذا النزاع الاجراءات المقررة فى القانون الجديد .

وإذا صدر حكم من محكمة الدرجة الأولى فى ظل القانون السابق ، ثم طعن فيه بالاستئناف فى ظل القانون الجديد ، فان محكمة الدرجة الثانية تفحص حكم محكمة الدرجة الأولى على أساس المعيار الصحيح للاجراءات وفق القانون السابق وهو القانون السارى وقت نظر تلك الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بينما تتبع فى اجراءات الاستئناف ونظيره أحكام القانون الجديدة .

وإذا صدر حكم فى شق من الموضوع أو فى مسألة متفرعة عنه ، أو فى مسألة متعلقة بالاثبات أو بالاجراءات ، ثم صدر القانون الجديد ،

فانه يستكمل نظر الدعوى وفق الاجراءات المقررة في هذا القانون ، على الرغم من أن شقاً من الدعوى قد نظر وفقاً لأحكام القانون السابق .

ويقصد أصلاً بالدعاوى التي فصل فيها تلك التي نطق بالحكم في موضوعها أو نطق بالحكم المنهى للخصومة أمام المحكمة . أما الدعاوى التي يصدر فيها حكم في شق من الموضوع أو في مسألة متعلقة بالاثبات أو بسير الدعوى ، فلا تعتبر قد فصل فيها ، ومع ذلك ، فقد جرى الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر ، على ابقاء الاختصاص بنظرها للمحكمة التي حددها القانون القديم ، إذا قطعت الدعوى مرحلة تبرر للمحكمة استكمال نظرها تحقيقاً لحسن سير العدالة وتقديراً لمصالح الخصوم .

ويدق تحديد المرحلة التي إذا تمت فانها تعتبر مبرراً لاستكمال نظر الدعوى ، على الرغم من أن المحكمة لم تعد مختصة بنظرها وفق القانون الجديد . وبعبارة أخرى ، يدق تفسير عبارة «الدعاوى المحكوم فيها» في المادة الثانية من القانون باصدار قانون المرافعات . وقد قلنا أنه يقصد بها أصلاً الدعاوى التي نطق بالحكم في موضوعها أو نطق بالحكم المنهى للخصومة أمام المحكمة ونضيف أنه يقصد بها أيضاً - في المقام المتقدم - الدعاوى المحكوم في شق من موضوعها ، لأن صدور حكم في شق من موضوع الدعوى يجعل للخصم حقاً مكتسباً في أن تنظر نفس المحكمة باقي الموضوع (١) .

كذلك يقصد بالعبارة الأحكام الفرعية التي تنهى الخصومة كلها أو جزءاً منها ، كالحكم الصادر بعدم قبول الدعوى بالنسبة لبعض الطلبات فهنا أيضاً ونظراً لعدم تجزئة الدعوى ، وعلى تقدير أن المحكمة وقد فصلت فعلاً في طلب من طلبات الدعوى - في موضوعه أو بانهضاء الخصومة فيه بغير حكم في الموضوع - فإن الاختصاص يجب أن يبقى لها بالنسبة لباقي الطلبات .

(١) جلاسون ١ رقم ٥ وما يليه .

وإنما إذا صدر في الدعوى حكم متعلق بالاثبات (تمهيدى أو تحضيرى بتعبير القانون القديم) أو بسير الاجراءات ، أو بعبارة عامة أى حكم صادر قبل الفصل فى الموضوع لا تنهى به الخصومة كلها أو بعضها فان الإحالة تكون واجبة .

وقد قضت محكمة النقض تأكيداً لما تقدم بوجوب الإحالة تطبيقاً لقانون اصدار قانون المرافعات السابق إذا لم يصدر فى الدعوى حكم ينهى الخصومة كلها أو بعضها (١) .

أما محكمة النقض الفرنسية فقد ذهبت إلى أبعد مما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية ، وجرى قضاؤها الأخير على ابقاء الاختصاص بالنزاع للمحكمة ولو لم تعد مختصة به وفقاً لأحكام القانون الجديد ، متى أصدرت فيه حكماً - ولو كان صادراً قبل الفصل فى الموضوع - شف عن وجهة نظر المحكمة فى موضوع الدعوى (préjugé le fond) . ومثل هذا الحكم كان يطلق عليه - فى ظل القانون القديم الصادر سنة ١٨٨٣ - حكماً تمهيدياً (jugement interlocutoire) .

وإذا صدر فى الدعوى حكم مستعجل لا يشف عن وجهة نظر المحكمة فى موضوع الدعوى ، فانه لا يمنع من وجوب إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة طبقاً لأحكام القانون الجديد (٢) .

وواضح من كل ما تقدم اختلاف الزاوية التى تنظر منها كل من محكمة

(١) انظر نقض ١٠ فبراير ١٩٥٥ المحامى ٣٦ ص ١٩ و نقض ٢٩ فبراير ١٩٥٧ مجموعة النقض ٨ ص ١٨٩ و نقض ٥ مارس ١٩٥٩ المحامى ٤٠ ص ٦٧٦ .
قالت محكمة النقض فى أحكامها السابقة الإشارة اليها ، أنه إذا كان قانون اصدار قرر عدم جواز الإحالة بالنسبة إلى الدعاوى المحكوم فيها حضورياً أو غيابياً فائماً يعنى الدعاوى التى تكون قد صدرت فيها أحكام منية للخصومة كلها أو بعضها فلا يندرج فيها الدعاوى التى تكون قد صدرت فيها أحكام تمهيدية .

(٢) سوليس ويرو رقم ٢٧ ص ٣٠ و ص ٣١ وأحكام النقض الفرنسية العديدة المشار اليها .

التفرض المصرية والفرنسية للموضوع ، فالأولى تجعل المناط في ابقاء الاختصاص للمحكمة هو صدور حكم منها ينهى الخصومة كلها أو جزء منها ، على تقدير أنها وقد فصلت فعلا في طلب من طلبات الدعوى - في موضوعه أو بانقضاء الخصومة فيه بغير حكم في الموضوع - فان الاختصاص يجب أن يبقى لها بالنسبة لباقي الطلبات ، بينما تجعل الثانية المناط في ابقاء الاختصاص للمحكمة وهو صدور حكم منها يبين وجهة نظرها في موضوع الدعوى ويشف بما سوف تقضى به وعندئذ تتكشف للمحكوم له بمثل الحكم المتقدم مصلحة أكيدة في ابقاء الاختصاص لها . وكل من المحكمتين متفقتان في وجوب ابقاء الاختصاص للمحكمة إذا أصلرت حكماً في شق من الموضوع .

وواضح أن مذهب محكمة التفرض الفرنسية هو الاقرب إلى المنطق السليم وان كان يعيبه الإبقاء على عدد كبير من الدعاوى أمام محاكم لم تعد مختصة به وفق أحكام القانون الجديد ، هذا فضلا عن إعادة الأهمية لتفرقة بين بعض الأحكام غير القطعية الصادرة قبل الفصل في الموضوع (jugements d'avant dire droit) ، والبعض الآخر ، بحسب ما إذا كانت تشف عن وجهة نظر المحكمة في موضوع الدعوى أو لا تشف عنها ، وهي تفرقة قلت أهميتها وكادت تندثر من التشريع ، وكانت الأولى تسمى «تمهيدية» بينما الثانية تسمى «تخصيرية» . وقد نجح القانون السابق في إلغاء أهمية هذه التفرقة بصدد الطعن المباشر في الأحكام وبصدد الحجة (١) .

١١ - الدعاوى الموجلة للنطق بالحكم :

إذا أجلت الدعوى للنطق بالحكم ، فعنى هذا اكتمال جميع إجراءات نظرها وإجراءات اثباتها ، فاذا صدر قانون جديد بعد اقفال باب المرافعة فيها ، وقبل النطق بالحكم ، فإن الدعوى تظل خاضعة لأحكام القانون القديم .

(١) أنظر كتاب نظرية الأحكام في قانون المرافعات للدكتور أبو الوفا بصدد دراسة تفصيلية لتفرقة المتقدمة .

خاصة وأنه قد تكون المداولة قد تمت في ظل هذا القانون ، بل قد يكون الحكم قد كتب بالفعل في ظله .

وإذن من الأقرب إلى السداد والقصد ألا تنزع الدعوى من المحكمة بعد أن أصبحت مهياً للحكم فيها . وكل ما يشترط في هذه الحالة أن تكون المحكمة قد أجلت القضية للنطق بالحكم في ظل القانون القديم وقبل نفاذ القانون الجديد . ولا يشترط في هذه الحالة أن تكون المواعيد المحددة لتقديم مذكرات الخصوم الختامية - أن كان - قد انقضت قبل نفاذ القانون الجديد ، كما لا يشترط تقديمها بالفعل في ظل القانون القديم ما دامت قد أجلت للنطق بالحكم في ظله .

ومضى صدر القانون الجديد بعد حجز القضية للنطق بالحكم فيها ، فإن المحكمة تملك في ظله تأجيل النطق بالحكم - دون إعادة القضية للمرافعة بطبيعة الحال - وذلك عملاً بالمادة ١٧٢ من قانون المرافعات .

وإذا تم تأجيل القضية للنطق بالحكم في ظل القانون القديم ، وإنما في جلسة النطق بالحكم - بعد العمل بالقانون الجديد - استبان للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، أنها غير صالحة للفصل فيها وإن الأمر يحتاج إلى ندب خبير مثلاً أو أى تحقيق فإن الدعوى عندئذ يتعين إحالتها عملاً بالمادة المتقدمة إلى المحكمة التي أصبحت مختصة طبقاً للقانون الجديد .

وكقاعدة عامة إذا فتح باب المرافعة في الدعوى في ظل القانون الجديد ، لأى سبب من الأسباب وجب عندئذ أعمال القاعدة المتقدمة . كما إذا أجلت القضية للنطق بالحكم فيها بعد إبداء دفع بعدم قبول الدعوى مثلاً ، أو ببطالان صحيتها . ثم قضت المحكمة في ظل القانون الجديد بقبول الدعوى أو برفض الدفع ببطالان الصحيفة ، فعندئذ يجب إحالة الدعوى إلى المحكمة التي أصبحت مختصة بنظرها في ظل القانون الجديد .

وتسرى القواعد المتقدمة أياً كانت المحكمة التي أصبحت مختصة بنظر

الدعوى ، ولو كانت تتبع جهة قضاء غير الجهة التي تتبعها المحكمة التي كانت تنظر الدعوى في ظل القانون القديم ، وذلك تمثيلاً مع روح التشريع التي بدت بوضوح في المادة ١١٠ من القانون الجديد التي أوجبت الإحالة بعدم الحكم بعدم الاختصاص ولو كانت المحكمة قد قضت بعدم اختصاصها المتعلق بالوظيفة .

وانما إذا صدر قانون يمنع جميع جهات القضاء من نظر دعوى معينة ، فان مثل هذا القانون ينفذ فوراً ولو كان صادراً بعد اقفال باب المرافعة في الدعوى وقبل صدور الحكم فيها ، ولا تطبق في هذا الصدد المادة المتقدمة (١) .

١٢ - الاجراءات التي تمت :

إذا تم اجراء في ظل قانون معين فانه يأخذ حكمه ، سواء أكان الاجراء يسبقه ميعاد أو يتلوه أو يتخلله ، وسواء أكان من اجراءات رفع الدعوى أم من اجراءات التنفيذ ، وسواء أكان من الاجراءات التي تم بالاعلان أم تم بالابديع في قلم الكتاب أم تم شفاهة في الجلسة ، وسواء أكان صحيحاً أم باطلا . ويرتب على الاجراء أثره الذي حدده القانون الصادر في ظله .

واذن قانون المرافعات الجديد لا يسرى على الاجراءات التي تمت قبله سواء من ناحية تحديد أثر الاجراء الصحيح أو من ناحية بطلان الاجراء الذي تم باطلا . وبعبارة أخرى ، يفيد صدر المادة الأولى حكماً ان كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً وكل اجراء تم باطلا يظل باطلا (٢) ، وهو بذلك يغني عن الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون المرافعات . واذن ، القاعدة التي تقر أن الاجراء الذي تم باطلا في ظل قانون معمول به يظل باطلا ولو صدر قانون جديد

(١) قارن حكم المحكمة الإدارية العليا في أول ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة أحكام المحكمة العليا ٢ ص ١٢٢ وحكم محكمة القضاء الإداري في ٢٦ مارس ١٩٥٧ السنة ١١ ص ٣١٥ .

(٢) جلاسون وتسييه وموريل ١ رقم ٥ وما يليه .

مثله صحيحاً ، هذه القاعدة لا يقررها مجرد مفهوم مخالفة الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون المرافعات وإنما يقررها أيضاً صدر المادة الأولى من قانون المرافعات . ومع ذلك قيل أن الاجراء وسيلة لا غاية وإن الحقوق المكتسبة بالنسبة لبطلان الاجراءات لا يصح أن تؤثر على ذات الحقوق الموضوعية (أنظر محضر الجلسة الثانية والثلاثين من محاضر جلسات لجنة مراجعة مشروع قانون الاجراءات في المواد المدنية والتجارية) ، وروى بعدئذ الإبقاء على نص المادة الثانية من قانون المرافعات على حاله .

ومن ثم إذا كان القانون السابق ينص على البطلان بعبارة ناهية أو نافية ثم ألغى هذا البطلان في القانون الجديد (أو إذا ألغى القانون الجديد الشكل الجوهرى الذى كان البطلان يترتب على مخالفته) ، فإن النص المستحدث لا يسرى على ما تم من اجراءات قبل العمل به . وقد أوجبت محكمة النقض توقيع جزاء البطلان على الرغم من صدور قانون جديد لا يرتبه (١) .

وقد يبدو غريباً أن يحكم بالبطلان جزاء مخالفة لم يعد يراها القانون الجديد جوهرية فلا يترتب البطلان نتيجة لها . وإنما التوصل في نظرنا هو علم المساس بالحقوق المكتسبة ، ولهذا يقرر صدر المادة الأولى صراحة ان القانون الجديد لا يمس الاجراءات التى تمت فى ظل القانون القديم ، فتأخذ حكمه سواء من ناحية مصتها أو عدم مصتها أو من ناحية آثارها القانونية . ولا يجوز أن يخلق القانون الجديد اجراءات صحيحة من اشتات اجراءات باطلة (٢) .

ومن أمثلة ما تقدم حكم المادة ٣٨٩ من القانون السابق (الصادر سنة ١٩٤٩) الذى أوجب اشتال صحيفة المعارضة على أسبابها والا كانت باطلة ، على عكس القانون القديم (الصادر سنة ١٨٨٣) الذى لم يستوجب ذلك ، فاذا

(١) نقض ٧ نوفمبر ١٩٦٢ طعن رقم ٦٧ سنة ٢٩ ق .

(٢) أنظر كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة الثانية رقم (١) .

أعلنت صحيفة المعارضة في ظل القانون القديم فإنها تكون صحيحة ولو لم تستعمل على أسباب المعارضة .

ومن أمثلة ما تقدم أيضاً القاعدة التي كانت سائدة في ظل القانون القديم والتي كانت تقرر أن ميعاد الطعن في الحكم يجري من تاريخ اعلانه في حق المعلن اليه فقط ، أما من أعلن الحكم فلا يجري الميعاد في حقه الا من تاريخ اعلانه بالحكم من الطرف الآخر اعتباراً بأن الشخص لا يسقط حقه بعمل يقوم به من جانبه nul ne se force soi-même ، ثم جاء القانون السابق ونص في المادة ٣٧٩ منه على أن ميعاد الطعن يجري في حق من أعلن الحكم ومن أعلن اليه . فهذا النص المستحدث لا يسرى على الاعلان الذي تم في ظل القانون القديم ، وبعبارة أخرى ، يرتب الاعلان ذات الأثر الذي نص عليه القانون المعمول به وقت اجرائه (١) .

وإذا كان القانون القديم يميز للمحكمة الاستئنافية التصدي لموضوع الدعوى في أحوال معينة ، وألغى القانون التالي عليه هذا الحق ، فإن المحكمة لا تملك التصدي في ظل هذا القانون ولو كان الاستئناف مرفوعاً قبل العمل به وذلك لأن الغاء التصدي أمر يتصل بالنظام العام ، لأنه واستثناء من الأصل العام ، ولأنه حق اختياري للمحكمة لا يتحقق الا عند استعماله ولا يتعلق به حق الخصم المستأنف بمجرد رفع الاستئناف (٢) .

وإذا نص قانون جديد (م ٤١٥ من القانون السابق) على أن ترك الخصومة في الاستئناف الأصلي يستتبع الحكم ببطالان الاستئناف الفرعي فإن هذا الأثر لا يسرى بالنسبة لاستئناف فرعي رفع صحيحاً في ظل القانون السابق عليه ولو تم الترك بعد العمل بالقانون الجديد لأن هذا الأثر الذي استحدثه القانون يمس حقاً مكتسباً للخصم ، وذلك حتى لا يسقط استئناف الحكم

(١) راجع حكم النقض المشار اليه في مجموعة أحكام الجمعية العمومية - السنة الثالثة من ١٩

(٢) نقض ٢٨ أبريل ١٩٥٥ المحاماه ٣٦ ص ٩٨٤ ونقض ٢٢ مايو ١٩٥٢ طعن ١٠٩

سنة ٢٠ قضائية .

الفرعى بفعل خصمه ولم يدر بخلفه ذلك عند رفعه استئنافه الفرعى . وإذا تم الترك قبل العمل بالقانون الجديد فن باب أولى لا يعتد بآثار الترك التى أوردها القانون الجديد ولو لم يعتمد الترك من جانب المحكمة الا بعد العمل به وذلك لأن الترك تنازل واسقاط يتم عملاً بالقانون القديم بمجرد التصريح به (١).

وإذا استحدث قانون اجراءات لرفع الطعن أو اجراءات لتحضيره أو نظره أو الحكم فيه فان هذه الاجراءات تسرى ولو كان الحكم المطعون فيه قد صدر فى ظل القانون القديم أو طعن فى ظله ، بحسب الأحوال (٢) وذلك لأن الاجراءات المتقدمة تنصرف مهمتها إلى مجرد رسم السبيل الواجب اتخاذه والأوضاع التى تلزم مراعاتها عند رفع الطعن وترشد القضاء إلى كيفية الفصل فيه - وكذا - ومن باب أولى - إذا استحدث قانون اجراءات لنظر الدعوى واثباتها فانه يسرى ولو بصدد دعاوى رفعت قبل العمل به .

ومن أمثلة ما نحن بصددده أيضاً ما قرره قانون المرافعات الجديد (رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) بصدد التنصل من أعمال الوكيل بالخصومة ، فقد أسقط هذا القانون ما تعلق باجراءات ومواعيد هذا التنصل حتى يخضع التوكيل بالخصومة لحكم القواعد العامة ، شأنه فى ذلك شأن كل انحلال بتعاقد من حيث البطلان والتعويضات عن الضرر الذى يلحق الموكل من تصرفات الوكيل . وإذا تمت اجراءات التنصل صحيحة فى ظل القانون السابق ، فانها تظل صحيحة فى ظل القانون الجديد ، وكذلك إذا كانت باطلة أو سقط الحق بصدددها فانها تبطل أو تسقط عملاً بالقواعد الأساسية المقررة فى المادة الأولى والثانية من قانون المرافعات ، وإنما إذا لم تتم اجراءات التنصل فى ظل القانون السابق ، أو بدأ بصدددها ميعاد قانونى لم يكمل قبل نفاذ القانون

(١) نقض ٦ مارس ١٩٥٢ الطعن رقم ٤١ سنة ٢٠ قضائية وراجع أيضاً بخصوص اجراءات الشفعة حكم النقض المنشور فى المذونة ١ ورقم ٥ وقارن استئناف المتصورة المنشور بذات الرقم .

وأنظر بالنسبة إلى اجراءات التنفيذ كتاب التنفيذ لـ دكتور أبو الوفا رقم ١٣ .

(٢) المجلس الحسمى المال ٢١ يونية ١٩٣١ المحاماه ١٢ ص ١٩٤٠

الجديد ، فلا يعتبر الاجراء الواجب اتخاذه في الميعاد قد تم ، وهنا ينفذ القانون الجديد ، وتسرى القواعد العامة في البطلان المقررة في القانون المدني أو قواعد المسؤولية فيه ، على تقدير أن الاجراءات التي لا تتم في ظل القانون السابق لا يعتد بها متى صدر القانون الجديد الذي ألغى هذه الاجراءات ومواعيدها (١) .

١٣ - المواعيد التي انقضت :

إذا بدأ الميعاد وانقضى في ظل قانون معين ، فإن الآثار القانونية التي حددتها هذا القانون تسرى ولو صدر بعد انقضاء الميعاد قانون آخر يرتب آثاراً أخرى ، أو يلغى هذه الآثار أو يعلنها أو يلغى الميعاد (٢) ، وذلك احتراماً لسيادة القانون الذي تم الميعاد في ظله .

ويعمل بالقاعدة المتقدمة أيا كان نوع الميعاد وسواء أكان من المواعيد الكاملة التي يتعين اتخاذ الاجراءات بعدها ، أم من المواعيد الناقصة التي يتعين اتخاذ الاجراءات في خلالها ، أم من المواعيد التي يتعين اتخاذ الاجراءات قبلها ، كميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع في التنفيذ على العقار .

وجدير بالملاحظة انه إذا عدل القانون الجديد ميعاداً قائماً بالنقص أو بالزيادة وجب إعمال المادة ٢/١ التي تأتي دراستها ، وإذا استحدث ميعاداً جديداً وجب إعمال المادة ٢/٢ التي ندرسها فيما بعد أيضاً .

ومن الأمثلة الطريفة للحالة التي نحن بصددتها ما قرره قانون المرافعات الجديد في المادة ٤١٤ مستحدثاً ميعاداً من مواعيد السقوط وملغياً في ذات الوقت ميعاداً كاملاً كان مقررأ في المادة ٦٣٠ من القانون السابق . فالمادة ٦٣٠ كانت تمنع مباشر الاجراءات - في التنفيذ على العقار - من ابداع قائمة

(١) أنظر التطبيق على نصوص قانون المرافعات الجديد من المادة ٧٥ رقم (٢) .

(٢) أنظر على سبيل المثال المادة ٤٠٢ من قانون المرافعات الجديد التي ألغت ميعاد تسجيل تنبيه نزع الملكية - في التنفيذ على العقار - الذي كان تقرره المادة ٦١٣ من القانون السابق - أنظر رقم ٧ (٢١) .

شروط البيع في خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية .
وجاءت المادة ٤١٤ ملغية هذا الميعاد الكامل وموجه على مباشر الاجراءات
ايداع قائمة شروط البيع في خلال ذات التسعين يوماً التالية على تسجيل تنبيه
نزع الملكية والا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن (١) .

وبعبارة أخرى ، في التسعين يوماً التالية لتسجيل التنبيه لا يجوز لمباشر
الاجراءات ايداع قائمة شروط البيع في القانون السابق والا كانت الاجراءات
باطلة ، وذلك حتى يمكن المدين من تضادى الاجراءات إن أمكن بأداء دينه ،
بينما في القانون الجديد ، وفي خلال ذات الميعاد يتعين على مباشر الاجراءات
ايداع القائمة والا سقط تسجيل التنبيه .

ويدق تحديد أثر القانون الجديد على ما لم يتم من الاجراءات في ظل
القانون السابق . ولما كانت المادة ١/٤١٤ المستحدثة قد ألغت الميعاد الكامل
المقرر في المادة ٦٣٠ من القانون السابق ، واستحدثت في ذات الوقت ميعاداً
من مواعيد السقوط ، فاذا كان مباشر الاجراءات قد سجل تنبيه نزع
الملكية في ظل القانون السابق وانقضى تسعون يوماً قبل نفاذ القانون الجديد
فان ميعاد السقوط المستحدث يسرى من وقت نفاذ القانون الجديد عملاً
بالمادة ٢/٢ منه .

وانما إذا سجل مباشر الاجراءات تنبيه بنزع الملكية في ظل القانون
السابق ، ولم يكتمل ميعاد التسعون يوماً المقررة في المادة ٦٣٠ منه بسبب
صدور القانون الجديد ، فان هذا الميعاد لا يجري بسبب النائه بنص المادة
٤١٤ من القانون الجديد ، ويجرى من تاريخ العمل به ميعاد السقوط المستحدث
عملاً بالمادة ١/٤١٤ .

ومن ناحية ثالثة ، إذا سجل مباشر الاجراءات تنبيه نزع الملكية في ظل
القانون السابق ، ثم قام بإيداع قائمة شروط البيع في ظل القانون السابق

(١) استمد القانون الجديد هذا التعديل من المادة ٨٤٦ من مشروع قانون المرافعات الموحد .

في خلال التسعين يوماً من تسجيل التنبيه مخالفاً بذلك نص المادة ٦٣٠ فإن هذا الابداع يكون باطلا عملاً بالمادة ٦٣٤ من القانون السابق ، فاذا نفذ القانون الجديد بعدئذ ، فانه لا يكون قادراً على خلق اجراء تم باطلا في ظل القانون السابق . ومن تاريخ نفاذ القانون الجديد يسرى الميعاد المقرر في المادة ١٤١٤/١ ليقوم مباشر الاجراءات بتجديد الابداع وفقاً لأحكامه .

١٤ - الجزاءات :

من القواعد الأساسية في القانون أنه يتعين أن يوقع ذات الجزاء المقرر في التشريع السارى وقت ارتكاب المخالفة ، وهذا شرط أساسى لتوقيع الجزاء تقتضيه البدهة حتى يكون الخصم على بينة من الجزاء وقت حصول المخالفة ، وحتى لا يوقع عليه جزاء لم يدر بخلده وقت حصولها^(١).

وبناء على ما تقدم إذا خالف خصم قانوناً اجرائياً لا يرتب أى جزاء على المخالفة ، فلا يجوز أن يوقع عليه جزاء نص عليه تشريع لاحق لحصولها احتراماً لحقوقه المكتسبة ، ولأن القاعدة أن كل إجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك ، ولأنه لا يجوز أن يوقع على الخصم جزاء لم يدر بخلده وقت حصول المخالفة ، فالقوانين الاجرائية ترسم السبل للمتقاضين ، وتقرر في ذات الوقت جزاء مخالفة أوامر القانون ونواهيه الأساسية ، ويلزم أن يكون الخصم على بينة من هذا وذاك وقت اتخاذ الاجراءات .

وإذا تمت المخالفة في ظل تشريع يوجب جزاء معيناً فيجب إعماله ولو صدر تشريع لاحق بلغه ، وذلك رعاية للحقوق المكتسبة للخصم صاحب المصلحة في توقيعه ، لأن القاعدة ان كل اجراء يتم باطلا في ظل قانون معين يظل باطلا ولو صدر قانون جديد واعتبر مثله صحيحاً ، ما لم ينص على غير ذلك ، كما قدمنا . فثلاً إذا صدر قانون جديد ولم يرتب

(١) الطبعة الرابعة من كتاب نظرية الدفع للدكتور أبو الوفا رقم ٤٢ .

البطلان لافتقار صحيفة المعارضة إلى أسبابها وأعلنت الصحيفة دون ذكر أسباب المعارضة في ظل قانون يوجب ذكرها وإلا كانت باطلة ، فإنها تظل باطلة على الرغم من أن القانون الجديد لا يرتب هذا البطلان ، وذلك ، احتراماً للحقوق المكتسبة للخصم الذي تقرر البطلان لمصلحته ، لأن الحكم - الذي يصدر في ظل القانون الجديد - إنما يقرر حالة قانونية قائمة من وقت اعلان صحيفة المعارضة هي بطلانها .

كذلك يجب الحكم ببطلان الطعن بالنقض إذا لم يوقع التقرير به محام موكل عن الطاعن قبل رفعه وذلك عملاً بالمادة السابعة من قانون النقض قبل تعديلها بمقتضى القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ ، هذا ولو حصل التمسك بالبطلان أو الحكم به بعد العمل بالقانون المعدل الذي لا يستوجب توكيل المحامى قبل رفع الطعن .

ولقد قضت محكمة النقض في ٧ نوفمبر ١٩٦٢ (الطعن رقم ٧٥ سنة ٢٩ ق) قضت ببطلان الطعن المرفوع من رئيس مجلس ادارة شركة وعضوها المنتدب وذلك بسبب افتقار الطاعن إلى توكيل خاص بالطعن بالنقض ، ولا يغير من هذا النظر كونه محامياً مقبولاً أمام محكمة النقض لأن عبارة المحامى الموكل عن الطالب (في القانون قبل تعديله بمقتضى القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢) تقتضى الغيرية بين الطاعن ووكيله الحاصل منه الطعن ، وهو ما لم يتحقق في صورة هذا النزاع .

كذلك حكم في ظل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بالجزاء المقرر في المادة ٥٣٨ من القانون السابق متى خالف رافع دعوى الاسترداد الميعاد الذي كان مقرراً لقيدها ، وذلك لأن المخالفة قد تمت في ظل القانون القديم ، واكتسب الحاجز الحق في توقيع الجزاء المقرر في المادة ٥٣٨ ، والأصل أن القانون الجديد لا يعفى الخصم من مخالفة ارتكبها ولا يمس الحق المكتسب للخصم الآخر في توقيع الجزاء المقرر في التشريع ، ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك .

كذلك ، ولما كان عدم مراعاة مواعيد الحضور يترتب عليه البطلان في ظل القانون القديم ، ومن ثم إذا تمت المخالفة في ظل هذا القانون جاز التمسك بالبطلان ولو في ظل القانون الجديد الذي لا يجعل تلك المخالفة سبباً في البطلان .

وإذا نص القانون الجديد على عدم قبول طلب ما . وكان الخصم قد أدلى بالطلب في ظل قانون يجبر المتقدم به فان القانون القديم هو الذي يتعين أن يحترم في هذا الصدد رعاية لحق الخصم المكتسب ، ولأن القاعدة أن العبرة بوقت ابداء الطلب لمعرفة ما إذا كان مقبولا أو غير مقبول ، اللهم الا إذا كان الأمر يتعلق بالنظام العام (١) . ولذا نص القانون الجديد على جواز قبول طلب ما ، وكان القديم لا يجيزه فلا يقبل الطلب الذي أدلى به الخصم في ظل القانون القديم ما لم ينص على غير ذلك . أو كان الأمر متعلقاً بالنظام العام .

وإذا كان القانون القديم يجيز للمدعى عليه في الطعن بالنقض أن يتمسك في مذكرته بالدفع التي سبق ابدائها أمام محكمة الموضوع وقضت برفضها ثم صدر قانون جديد يلغى هذه الرخصة فان هذا القانون الجديد لا يسرى على الطعون التي رفعت قبل العمل بالقانون الجديد لأن تلك الرخصة تعتبر من قبيل الطعن الفرعي (٢) .

وإذا تمت المخالفة في ظل تشريع يوجب جزاء معيناً فيجب إعمال هذا الجزاء ولو صدر تشريع لا حق يشلده أو يخففه ، وذلك رعاية للحقوق المكتسبة لهذا الخصم أو ذاك بحسب الأحوال ، وحتى لا يوقع على الخصم جزاء لم يتوقعه ولم يدرك بخلله وقت حصول المخالفة .

(١) راجع نقض ٢٨ أبريل ١٨٥٥ المحاماة ٣٦ ص ٩٨٤ - فقد اعتبر الفاء التصدي من النظام العام ، ولا يجوز ولو أدلى الخصم بدالب التصدي الموضوع في ظل القانون القديم الذي كان يجيز تصدي محكمة الدرجة الثانية للموضوع في أحوال معينة .

(٢) راجع نقض ٨ أبريل ١٩٦٥ السنة ١٢ ص ٤٨٧ .

فتلا إذا كان الجزاء هو غرامة توقع على خصم ، ثم صدر تشريع لا حق يزيد هذه الغرامة أو يخفف منها ، فن الواجب توقيع الغرامة المنصوص عليها في التشريع القائم وقت المخالفة ، ولا يعمل بالتشريع السارى وقت توقيع الجزاء .

والجدير بالذكر في هذا الموضوع انه إذا رفعت دعوى إلى محكمة غير مختصة اختصاصاً نوعياً أو محلياً ، ثم صدر تشريع يجعل المحكمة مختصة بمثل هذه الدعوى ، وكان صلوره قبل التمسك بعدم الاختصاص وقبل الحكم بالفعل بعدم الاختصاص ، فان القانون الجديد وحده الواجب التطبيق ولو لم يكن الاختصاص من النظام العام ، وذلك لأنه ليس من العدالة أن يتحمل المدعى مصاريف دعوى جديدة يجوز له أن يرفعها أمام نفس المحكمة وفي نفس الوقت الذى تقضى فيه بعدم اختصاصها بنظر الدعوى القائمة أمامها . ولأن القاعدة التى تقرر أن العبرة بوقت رفع الدعوى لمعرفة ما إذا كانت المحكمة مختصة بها محلياً أو غير مختصة ، هذه القاعدة مقررة لمصلحة المدعى حتى لا يضار من تأخير الاجراءات أو من العوامل التى قد تؤثر في مدى اختصاص المحكمة بنظر الدعوى. وعلى هذا الاعتبار يجب ألا يضار المدعى من تلك القاعدة التى هى مقررة في الأصل لحمايته فلا يحتاج بها عليه .

انما إذا أصبحت المحكمة غير مختصة اختصاصاً نوعياً أو محلياً نظراً لصلور قانون جديد ، فن الواجب إعمال الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون المرافعات . فاذا رفعت دعوى إلى محكمة مختصة من جميع الوجوه ثم صدر تشريع - قبل قفل باب المرافعة فيها - يجعل المحكمة غير مختصة بنظرها ، اختصاصاً متعلقاً بالنظام العام أو غير متعلق به ، وجب إعمال هذا التشريع ، ووجب على المحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها عملاً بالمادة

الأولى (١) ، إما من تلقاء نفسها إذا كان علم الاختصاص من النظام العام أو بناء على تمسك المدعى بعدم اختصاصها إذا كان غير متعلق به بشرط أن يبدأ الدفع قبل تكلمه في الموضوع ، ولا يعتد في هذا الصدد إلا بمساس الموضوع الذي يتم بعد العمل بالقانون الجديد .

١٥ — الجزاءات المقررة للمصلحة العامة أو لصالح الخزينة العامة :

القاعدة ، في هذا الصدد ، هي لإعمال الجزاء الأخف من بين ما نص عليه القانون القديم الذي تمت المخالفة في ظله والقانون الجديد الذي يوقع الجزاء بعد سريانه : فإذا شدد القانون الجديد الجزاء ، وجب لإعمال ذلك الذي توقعه الخصم وقت اتخاذ الاجراء المخالف ، أى الأخف ، هذا ولو كان الجزاء مما يوجب النظام العام ، وإذا خففه القانون الجديد وجب سريانه حتى لا يحكم على خصم بجزاء لم يجد المشرع ضرورة له أو رأى أن المصلحة العامة تقتضى تخفيفه .

ولما كان الجزاء يوقع — في الأحوال المتقدمة — لصالح المجتمع وليس لمصلحة خصم في الدعوى فلا يوجد ثمة حق مكتسب تجلر حمايته .

ويعمل بالقاعدة المتقدمة سواء خفف القانون الجديد الجزاء ، أم شدده أو استحدث جزاء لم يكن قائماً في التشريع ، أم قام بالغائه ، وفي الحالة الأولى والثانية يطبق الأخف ، وفي الحالة الثالثة لا يعمل بالجزاء المستحدث بالنسبة لما تم من الاجراءات في ظل القانون القديم ، وفي الحالة الرابعة يعفى الخصم من توقيع الجزاء عليه . فمثلاً كان قانون المرافعات القديم ينص على توقيع غرامة على مدعى التزوير في أحوال معينة مقدارها هو عشرون جنياً ، ورفعها القانون الجديد إلى خمسة وعشرين جنياً ، فإذا كان مدعى التزوير قد تمسك به وقت سريان القانون القديم وجب

(١) ولايسرى القانون الجديد الذى يغير قواعد الاختصاص المحل إذا كان الخصوم قد اتفقوا على اختصاص محكمة ما ، لأن قواعد الاختصاص المحل لا تتعلق بالنظام العام فيسرى اتفاق الخصوم أيا كانت المحكمة المختصة أصلاً ، ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك (جلاسون ١ رقم ٦ ص ١٢) .

أن يعامل على أساسه ولو حكم عليه في ظل القانون الجديد . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى التزوير قد صدر بعد العمل بقانون المرافعات الجديد مما يستتبع تطبيقه على الدعوى عملاً بالمادة الأولى منه إلا أن الغرامة التي يحكم بها إنما هي إجراء يوجب القانون توقيعه على مدعى التزوير عند سقوط حقه في دعواه أو عجزه عن إثباتها ، والقضاء بهذه الغرامة يكون وفقاً للقانون الذي كان سارياً - وقت التقرير بالطعن - فإذا كان مدعى التزوير قد قرر طعنه بالتزوير وقت سريان قانون المرافعات القديم الذي كانت تنص المادة ٢٩١ منه على أن مقدار الغرامة هو عشرون جنياً بينما رفعها القانون الجديد إلى خمسة وعشرين جنياً ، وكان الحكم قد ألزم مدعى التزوير بغرامة مقدارها ٢٥ جنياً تطبيقاً للقانون الجديد فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ، وبالرغم من أن المحكوم عليه لم يتمسك في طعنه بهذا الدفاع إلا أن لمحكمة النقض أن تأثيره ولو من تلقاء نفسها على اعتبار أن القانون الذي يحدد هذه الغرامة كجزء يعتبر من النظام العام^(١).

ونحن إذا كنا نسلم بالنتيجة التي انتهت إليها محكمة النقض - في خصوص القضية المطروحة - إلا أننا نخالفها من حيث تبرير القضاء الصادر منها ، إذ يجب أن تكون القاعدة - كما قدمنا - هي إعمال الجزاء الأخف بالنسبة إلى الخصم . وإذا استحدث القانون الجديد جزاء فلا يوقع على من اتخذ إجراء في ظل القانون القديم ولو كان المطلوب توقيع الجزاء في ظل القانون الجديد ، كمن هو الحال بالنسبة لمن يرفع دعوى استرداد متقولات محجوزة في ظل القانون القديم الذي لم يرتب جزاء عند رفضها ، هذا ولو صدر عليه الحكم في ظل القانون الجديد الذي أجاز توقيع الغرامة على من يحكم عليه برفض هذه الدعوى .

وإذا كان القانون القديم يوجب غرامة عند الحكم بعدم قبول طلب

(١) نقض ١٣ يناير ١٩٥٥ المحاماه ٣٦ ص ٣٦٦ ونقض ٢٨ أبريل ١٩٥٥ المحاماه ٣٦

معين أو عند رفضه ، ونص القانون الجديد على الغائها ، فإن الخصم يعفى من الحكم عليه بالغرامة ولو كان قد أحل بالطلب المتقدم في ظل القانون القديم .

وجدير بالإشارة أنه إذا كانت القاعدة في القانون الجنائي هي إعمال النص الأصلح للمتهم ، فعلى سبيل القياس يتعين - في المواد المدنية - إعمال الجزاء الأخف - حتى لا يوقع على الخصم جزاء لم يدر بخلده وقت اتخاذ الاجراء المخالف ، أو حتى لا يوقع عليه جزاء لم يجد المشرع ضرورة للابقاء عليه . والقياس المتقدم لا شبهة فيه لأن الجزاء يوقع في الحالتين لصالح المجتمع ، وليس لمصلحة خصم في الدعوى .

١٦ - مصادرة الكفالة في الطعن بالنقض :

كانت المادة ٤٤٦ من القانون السابق تنص على أنه إذا حكمت محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو برفضه حكمت على رافعه بالمصاريف وجاز لها أن تحكم بمصادرة الكفالة كلها أو بعضها .

وجاءت المادة ٤٣٢ (معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) تنص على أنه في حالة الحكم برفض الطعن تحكم المحكمة بالزام الطاعن بمصروفات الطعن وتصادر الكفالة حتماً . (راجع أيضاً المادة ١٠ من قانون النقض السابق).

وكانت المادة الخامسة من القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ تنص على عدم سريانه على الطعون التي عين فيها المستشار المقرر قبل تاريخ العمل به . أما الطعون التي قدمت قبل تاريخ العمل به ولم يعين فيها المستشار المقرر فتستمر اجراءاتها وفق المواد من ٤٣١ إلى ٤٣٨ فقرة أولى قبل التعديل الذي استحدثه هذا القانون ، وبعد أن تودع النيابة العامة مذكرة بأقوالها يعين رئيس المحكمة أحد أعضاء دائرة فحص الطعون مقررأ ، وإذا رأت هذه الدائرة أن الطعن جدير بالعرض على دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية قررت إحالته إليها لجلسة تحددها دائرة فحص الطعون

ونجبر بها قلم الكتاب المحصوم بكتاب موسى عليه قبل الجلسة المحددة بخمسة عشر يوماً على الأقل .

ويستشف من المادة المتقدمة أن الطعون التي تقدم قبل تاريخ العمل بالقانون الجديد ولم يعين فيها المستشار المقرر يستمر السير فيها وفق القانون القديم ، ولكنها تعرض على دائرة فحص الطعون لتفصل فيها ، عملاً بالقواعد المستحدثة بالرفض أو بالبطلان أو بعدم القبول أو بالإحالة إلى دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ، ومعنى هذا أن القانون الجديد يلزم دائرة فحص الطعون بمصادرة الكفالة حينما متى قضت برفض الطعن ولو كان مرفوعاً في ظل القانون القديم الذي كانت فيه مصادرة الكفالة جوازية للمحكمة . وإذا كانت هذه هي إرادة المشرع في هذا الصدد فمن الواجب إعمالها ، ولو مست حقاً مكتسباً للطاعن ، بوجوب إعمال الجزاء الأخف المقرر في التشريع الذي كان سارياً وقت التقرير بالطعن .

وقد يتجه الخطأ إلى أن المقصود من المادة الخامسة المتقدمة هو مجرد مراعاة شكليات القانون الجديد — فيما يلزم احترامه بصدها — دون أن يقصد المشرع المساس بحق الطاعن المكتسب فيسرى عليه الجزاء الأخف المقرر في التشريع السوري وقت التقرير بالطعن .

والجدير بالإشارة في هذا الصدد أن المادة ٤٤٦ قد تم تعديلها بمقتضى القانون رقم ٣٠٦ لسنة ١٩٥٦ وأصبحت مصادرة الكفالة وجوبية ، وبذا اتسق نصها مع نص المادة ٤٣٢ (معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) .

هذا مع ملاحظة أن قانون النقض (رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩) قد أوجب مصادرة الكفالة في كل من الحالتين المقررتين في المادة ١٠ و ٢٥ منه . وجاءت المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات الجديد تقرر أنه إذا قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو برفضه أو بعدم جواز نظره حكمت على رافعه بالمصاريف فضلاً عن مصادرة الكفالة كلها أو بعضها . ويعمل في هذا الصدد بما قلناه في الفقرة السابقة في صدد تطبيق الجزاء الأخف .

١٧ - الغرامات المقررة لصالح الخزينة العامة مع جواز منحها كلها
أو بعضها لخصم على سبيل التعويض :

يبدق الأمر إذا قرر المشرع توقيع الغرامة لصالح الخزينة العامة ،
ونص في ذات الوقت على جواز منحها كلها أو بعضها لصالح خصم في
الدعوى ، على سبيل التعويض . ومثال ذلك الغرامة المقررة في المادة ١٣٥
من القانون السابق ، وتلك المنصوص عليها في المادة ٥٦٥ منه . يتعين في
الأحوال المتقدمة إعمال القواعد الخاصة بالجزاءات المقرر للمصلحة العامة ،
لأن الخصم الذي أجاز المشرع منحه كل الغرامة أو بعضها على سبيل التعويض
هذا الخصم يستمد حقه من الغرامة ، وهذه تحددها أولاً - وبصفة أساسية -
اعتبارات متعلقة بالنظام العام .

وعلى أى حال فإن حقه في التعويض من الغرامة هو مجرد أمل من جانبه ،
وهو خيار للمحكمة لا يتحقق الا بعد الحكم بالغرامة لصالح الخزينة العامة ،
فلا يتحقق ثمة أمل للخصم الا بعد هذا الحكم .

وإذن ، إذا صدر تشريع جديد - يميز للمحكمة - عند الحكم بعدم
اختصاصها وبالإحالة - ان تحكم على المدعى بغرامة لا تتجاوز خمس عشرة
جنيهاً - بدلا من عشرة جنهات - ويميز للمحكمة أن تمنح الخصم الآخر
كل هذه الغرامة أو بعضها على سبيل التعويض . أو صدر تشريع جديد
يجعل هذه الغرامة خمسة جنهات ، أو يلغها ولا يبقى عليها ، وجب أن يعامل
المدعى - الذي رفع الدعوى في ظل القانون القديم - بالجزاء الأخف -
ففي هذه الحالة الأولى يجب الا تتجاوز الغرامة عشرة جنهات ، وفي الحالة
الثانية خمسة ، ويعفى من الجزاء في الحالة الثالثة ، ويبقى للمدعى عليه في
جميع الأحوال حق المطالبة بالتعويض الذي يراه - عملا بالقواعد العامة
المقررة في قانون المرافعات عند التصرف في اتخاذ الاجراءات .

وجدير بالإشارة ان المادة ١١٠ من قانون المرافعات الجديد قد ألغت
النص الذي كان مقررأ في المادة ١٣٥ من القانون السابق والذي كان يميز

منع الغرامة كلها أو بعضها للخصم الآخر على سبيل التعويض . وبداهة إذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة في ظل القانون السابق جاز ولو بعد العمل بالقانون الجديد إعمال الجزاء المقرر في المادة ١٣٥ من القانون السابق بأن تمنح ذات الغرامة كلها أو بعضها للمدعى عليه ، وبداهة لا يمنع هذا من الحكم له بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية على تقدير أن خصمه قد قصد الكيد في رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة إنما إذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة في ظل القانون الجديد وحكم بالغرامة فانه لا يجوز منحها ذاتها إلى المدعى عليه^(١).

١٨ - تنازع القوانين المتصلة بالتمسك بالجزاء :

التمسك بالجزاء يكون إما على صورة دفع يبنى قبل التكلم في الموضوع أو في أية حالة تكون عليها الاجراءات ، وإما أن يكون بالتخلف عن الحضور بحسب الأحوال ، وإما أن يكون على صورة دعوى أصلية أو طعن في حكم .

ويدق أمر تعاقب القوانين إذا كان التمسك بالجزاء على صورة دفع أو تخلف عن الحضور . فإذا كان القانون القديم يوجب التمسك بالجزاء على صورة دفع شكلي قبل التكلم في الموضوع وأجاز القانون الجديد التمسك بهذا الجزاء في أية حالة تكون عليها الاجراءات ، وجبت التفرقة بين ما إذا كان الخصم قد أسقط حقه في التمسك بالجزاء قبل العمل بالقانون الجديد أو لم يسقطه ، فإذا تكلم في الموضوع في ظل القانون القديم مما أسقط حقه في التمسك بالجزاء ، فإن هذا الحق لا يبعث من جديد بسبب صدور القانون الجديد على الرغم من أنه أجاز التمسك بالجزاء في أية حالة تكون عليها الاجراءات .

ويراعى كل ما تقدم ولو نص القانون الجديد على جعل الجزاء من النظام العام ويلاحظ أنه من الدفوع ما يجوز ابتداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى

(١) راجع كتاب التطبيق على نصوص قانون المرافعات الجديد للدكتور أبو الوفا عن المادة

١١٠ ص ٢٩٨ رقم (٤) .

ولو أنه غير متعلق بالنظام العام ، كالدفع بعدم قبول الدعوى ، وإذن إذا كان القانون يوجب التمسك بالجزء قبل التكلم في الموضوع ، وأسقط الخصم حقه بتكلمه في الموضوع ، ولم يكتف القانون الجديد بإجازة التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى وإنما جعل احترام الجزء من الأمور التي يوجبها النظام العام ، فإن حق الخصم في التمسك بالجزء لا يبعث من جديد بسبب صدور القانون الجديد ، لأن مجرد سقوط الحق في التمسك بالجزء يؤدي في ذاته إلى تصحيح الاجراء المشوب ويزيل كل ما اعتوره من بطلان فيصبح صحيحاً سليماً . والقانون الجديد لا يملك المساس باجراء تم صحيحاً في ظل قانون آخر ، أو أصبح صحيحاً بمقتضاه ، وذلك عملاً بالمادة الثانية من قانون المرافعات . فمثلاً إذا نص قانون جديد على اجازة التمسك ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى في أية حالة تكون عليها ، وجعل هذه القاعدة من النظام العام ، وكان المدعي عليه قد أسقط حقه في التمسك بالبطلان قبل العمل بالقانون الجديد ، فإن هذا الحق لا يبعث من جديد لصدور القانون المتقدم ، لأن مجرد اسقاط الحق في التمسك بالجزء يصحح الاجراء الباطل .

وإذا نص قانون جديد على جعل الاختصاص المحلى من النظام العام مثلاً ، وكان الخصم قد أسقط حقه في التمسك بعدم اختصاص المحكمة اختصاصاً محلياً بتكلمه في الموضوع في ظل القانون القديم ، فإن حقه في التمسك بعدم الاختصاص لا يبعث من جديد بسبب صدور القانون المتقدم وإنما يتعلق الأمر بحق مكتسب للمدعي يتصادم مع اعتبارات من النظام العام فترجح الأخيرة . ذلك لأن المادة الأولى من قانون المرافعات تقتضى عند صدور قانون جديد بنقل الاختصاص من محكمة إلى أخرى ، تقتضى الحكم بعدم اختصاص المحكمة القائمة أمامها الدعوى وإحالتها إلى المحكمة التي أصبحت مختصة عملاً بنصوصه ، وعلى ذلك ، الدعوى التي رفعت في ظل قانون قديم إلى محكمة غير مختصة محلياً ، ثم أصبحت مختصة لعدم الاعتراض

على اختصاصها في الوقت المناسب ، يتعين إحالتها إلى المحكمة المختصة أصلاً بها ، وذلك احتراماً للقانون الجديد الذي اعتبر الاختصاص المحلى من النظام العام أى الذى يوجب أن يفصل فى الدعوى ذات المحكمة المختصة أصلاً بها . وإذا تحقق فى الفرض المتقدم صلور القانون الجديد بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى . فإنها تظل قائمة أمام المحكمة ، ولا يعتد بالقانون الجديد الذى جعل الاختصاص المحلى من النظام العام . وهذا يؤكد ما قلناه من أن القانون الجديد لا يخلق حقاً جديداً فى التمسك بالجزء . وما يقتضى إحالة الدعوى فى الأحوال المتقدمة هو نص المادة الأولى من قانون المرافعات .

ويلاحظ أخيراً ، أنه لا يعتد بأى حق مكتسب للمدعى فى أن تنظر دعواه المحكمة التى رفع إليها النزاع أو تلك التى أصبحت مختصة لعدم الاعتراض عليها فى الوقت المناسب . وذلك عملاً بالمادة الأولى من قانون المرافعات (١) .

وإذا لم يسقط حق الخصم فى التمسك بالجزء - فى ظل القانون القديم - بعدم تكلمه فى الموضوع ، فإن حقه هذا لا يسقط بالتكلم فى الموضوع فى ظل القانون الجديد عملاً بنصوصه .

وإذا سقطت الخصومة بانقضاء ثلاث سنوات فى ظل القانون القديم (الصادر سنة ١٨٨٣) أو انقضت مدتها فى ظل القانون السابق فإن المدعى عليه يكون له التمسك بالسقوط على صورة الدفع عملاً بالمادة ٣٠٣ من القانون السابق (م ١٣٦ من القانون الجديد) ولو كان المدعى قد بادر بتعجيلها بعد انقضاء المدة وقبل التمسك بالسقوط هذا على الرغم من أن القانون القديم يجيز التعجيل ويمنع السقوط ما دام قد حصل التعجيل قبل التمسك بالسقوط (٢) .

(١) قارن جلاسون ١ رقم ٦ ص ١٣ - ومو يرى أن مجرد رفع الدعوى إلى محكمة ما مختصة بمنح المدعى حقاً مكتسباً فى أن تنظر هذه المحكمة دعواه ولا يعتد بصور قانون جديد يغير الاختصاص ولو كان الاختصاص من النظام العام . وقارن أيضاً - أوبرى ورو ١ ص ١٠٥ واستئناف باريس ٤ ديسمبر ١٩٢٢ سبرى ١٩٢٣ - ٣٩ - ٢ .
ولا يعتد فى مصر باتجاه الرأى المتقدم لصراحة نص المادة الأولى من قانون انقضاءات .
(٢) قفست بهذا محكمة النقض فى ٢٣ مايو ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٧٠٣ .

ولإذا كان القانون القديم يجيز التمسك بالجزاء على صورة دفع شكلي في أية حالة تكون عليها الاجراءات ، وأوجب القانون الجديد التمسك به قبل التكلم في الموضوع ، فان حق الخصم في التمسك بهذا الجزاء لا يسقط الا بالتكلم في الموضوع الذي يتم بعد العمل بالقانون الجديد ، ولا يعتد في هذا الصدد ، بسبق مساسه بالموضوع إذا كان قد تم قبل العمل به .

ويعمل بالقواعد المتقدمة سواء بالنسبة إلى الدفع بعدم الاختصاص أم الدفع بالإحالة أم الدفع بيطلان أوراق التكليف بالحضور ، كما يعمل بها بالنسبة إلى التمسك بيطلان أى اجراء من اجراءات الخصومة . وإذا أوجب القانون الجديد على المدعى عليه أن يتمسك قبل التكلم في الموضوع بجميع الدفوع الشكلية والا سقط الحق فيما لم يبد منها ، وجب عليه مراعاة ذلك واوكانت الدعوى مرفوعة في ظل قانون سابق يحدد ترتيبا بين الدفوع الشكلية (راجع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بصدد المادة ١٣٢ من القانون السابق - م ١٠٨ من القانون الجديد) .

وتطبق المادة ٩٥ مكرراً مضافة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ التى توجب على المحكمة تأجيل القضية إذا تبينت بطلان تكليف المدعى عليه بالحضور (١) ولو كان قد حصل تكليف الخصم بالحضور تكليفاً باطلا في ظل القانون القديم ، ولا يحكم بيطلان صحيفة الدعوى على النحو الذى قرره الفقرة الأخيرة من المادة ٩٥ الملغاة ، لأن النص المستحدث يفترض بطلان الصحيفة بالفعل ومع ذلك يوجب التصحيح بإعادة الاعلان . واذن فهذا النص المستحدث من النصوص الآمرة التى توجب التصحيح على المحكمة من ثلثاء نفسها ، ثم أن الأثر الفورى للقانون الجديد يقتضى حتما العمل به ، ولو عن دعاوى رفعت في ظل القانون السابق عليه .

وبعبارة أخرى . المادة ٩٥ مكرراً المستحدثة لا تتصل بجزاء يتعلق به حق الخصم - وإنما - مع التسليم بوجود الجزاء - توجب تصحيح المخالفة بإعادة الاعلان (راجع المادة ٨٥ من قانون المرافعات الجديد).

(١) المادة ٨٥ من قانون المرافعات الجديد .

كذلك إذا اتخذ إجراء باطل في ظل القانون القديم ، جاز تصحيحه في ظل القانون الجديد ولو حصل التمسك ببطالته وذلك عملاً بالمادة ٢/٢٥ من القانون السابق والمادة ٢٣ من القانون الجديد . لأن هذه المادة قد قصد بها التيسير على المتقاضين وتحقيق سير العدالة في سر وبغير عنت ، وهذه أمور تتصل بالنظام العام . هذا فضلاً عن أن التقه في ظل القانون القديم كان يجيز تصحيح الاجراء الباطل بالتمسك بالتمسك (١) .

وإذا كان حضور الخصم يسقط الحق في التمسك بالجزء ، ونص القانون الجديد على أن هذا الحضور لا يسقط حق الخصم ، وجبت التفرقة بين ما إذا كان قد أسقط حقه قبل العمل بالقانون الجديد أم لم يسقطه ، فإذا كان قد حضر قبل العمل بالقانون الجديد مما أسقط حقه فإن هذا الحق لا يبعث من جديد بسبب صدور القانون الجديد . على الرغم من أنه لا يجعل الحضور مسقطاً لحق الخصم في التمسك بالجزء . وإذا لم يسقط الخصم حقه — في ظل القانون القديم — بتخلفه عن الحضور . فإن حضوره في ظل القانون الجديد لا يسقط حقه عملاً بنصوصه .

وإذا كان القانون القديم يجيز التمسك بالجزء على صورة دفع شكلي ونص القانون الجديد على سقوط حق الخصم بحضوره ، فإن هذا الحق لا يسقط بمجرد الحضور الذي يتم في ظل القانون القديم ، وإنما يسقط بحضوره بعد العمل بالقانون الجديد . وإذا كان الخصم قد أسقط حقه في التمسك بالجزء قبل العمل بالقانون الجديد فإن تخلفه عن الحضور بعد العمل به غير مجد لأنه لا يخلق له حقاً جديداً في التمسك بالجزء (٢) .

وبعبارة مختصرة ، متى سقط حق التمسك في ظل قانون ما ، فإن

(١) أنظر كتاب التعليل على نصوص قانون المرافعات الجزء الأول من المادة ٢٥ .

وكتاب التعليل على نصوص قانون المرافعات الجديد ١ من المادة ٢٣ .

(٢) فكل ما ينتج من التخلّف عن الحضور هو حاية حق قائم في التمسك بالجزء .

الوضع لا يتغير ، ولو جاء قانون جديد مبطلا القاعدة القديمة التي كان من شأنها إسقاط الحق . وإذا بقي حق التمسك بجزء في ظل قانون ما ، فإن الوضع لا يتغير ولو جاء قانون جديد مبطلا القاعدة القديمة التي كان من شأنها الإبقاء على الحق ، ولا يسقط هذا الحق الا بإجراء أو عمل يتم في ظل القانون الجديد .

الفرع الثاني

سريان القانون القديم على بعض المراكز الاجرائية غير المكتملة

١٩ - حصر المستثنيات المقررة في المادة الأولى من قانون المرافعات :

رأينا - في الفرع المتقدم - أن الأوضاع الاجرائية المكتملة في ظل القانون القديم لا يمتد إليها أثر القانون الجديد تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد وتماشياً مع العدل والمنطق ، ورأينا أن هذه الحالات قد حصرها صدر المادة الأولى من قانون المرافعات الجديد والسابق (١) في حالتين :

١ - الدعاوى التي فصل فيها .

٢ - والاجراءات التي تمت .

وقد حاولنا في الفرع المتقدم تحديد الأوضاع الاجرائية التي تعتبر مكتملة إذا تمت في ظل قانون معين والتي لا يمتد إليها أثر أى قانون جديد الا بنص خاص .

ونضيف أن بعض المراكز الاجرائية غير المكتملة في ظل القانون القديم قد رآها المشرع جديدة بالحماية رعاية لحقوق الخصوم أو تحقيقاً لحسن سير العدالة . وهذه الحالات قد حصرتها المادة الأولى في ثلاثة .

وفي هذا نقول المذكرة التفسيرية للقانون السابق « والقاعدة في سريان قوانين المرافعات على الدعاوى القائمة هي من الأحوال المسلمة إذ أن القوانين

(١) تطابق المادتان كما قلنا .

المنظمة لأصول التداعي والرافع والحكم وطرق الطعن والتنفيذ والتحفظ هي في عمومها قوانين منظمة لمراكز قانونية خاضعة بطبيعتها للتعديل والتغيير من جانب المشرع ، دون أن يرى عمله برجعية الأثر . ولكن النص (نص المادة الأولى) قد أخرج من هذه القاعدة العامة بعض مستثنيات رعاية الحقوق ثبتت أو لمصالح رأيها اللجنة جديرة بالاستثناء . فاستثنت الدعاوى التي حكم في موضوعها والاجراءات التي تمت في ظل قانون معين فهذه لا تمتد اليها طائلة القانون الجديد الا بنص خاص . كذلك استثنى من القاعدة القوانين المعدلة للاختصاص .. والمعدلة للمواعيد .. والمنظمة لطرق الطعن ..

وواضح أن المستثنيات التي جاءت في صدر المادة الأولى تختلف في مبنائها القانوني عن تلك التي جاءت في صلب المادة . فالأولى تتصل بأوضاع اجرائية مكتملة بينما الثانية تتعلق بمراكز غير مكتملة .

والاستثناءات المتقدمة قد وردت في المادة الأولى على سبيل الحصر ، وليس على سبيل المثال . وحكمة النص أن قوانين المرافعات قلما تمس الحقوق المكتسبة ، وهي ان مسنها فكثيراً ما تفضل عليها اعتبارات النظام العام التي تبرز النصوص الجديدة والتي لا يقصد منها في الواقع الا تحقيق حسن سير العدالة .

ويجب أن يكون واضحاً في ذهن القاضى أن المشرع لم يشأ أن يترك أمر تحديد الحق المكتسب في المواد الاجرائية لمطلق تقديره خشية الافراط في تحديد الحالات التي تستبعد من نطاق اعمال القانون الجديد فلا يتحقق مقصود المشرع من نصوصه الآمرة وانما حدد المشرع على سبيل الحصر الحالات التي يمس فيها القانون الاجرائى المراكز الثابتة للخصوم ، وفيها لا يطبق القانون الجديد ، كما سئى ، وفي غيرها يسرى هذا القانون ولو مس مركزاً ثابتاً للخصوم .

٢٠ - القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد
اقفال باب المرافعة في الدعوى :

تقول المذكرة التفسيرية: "... كذلك استثنى من القاعدة القوانين المعدلة للاختصاص ، وذلك بالنسبة للدعوى التي تمت المرافعة فيها وحجزت للحكم قبل تاريخ العمل بالقانون الجديد . والمراد بالقوانين المعدلة للاختصاص القوانين التي تغير الاختصاص النوعي أو المحلي دون أن تُلغى محكمة أو تزيل جهة قضاء ، فإن هذا الإلغاء يحدث أثره حتماً بمجرد نفاذ القانون الذي صدر وتنتقل الدعوى التي كانت قائمة أمام المحكمة الملغاة إلى جهة القضاء التي عينها القانون ما لم ينص القانون على غير ذلك . وقد رأَت اللجنة أنه أقرب إلى السداد والقصد ألا تنزع الدعوى التي حجزت للحكم من المحكمة التي أُنْتُ تحقيقتها وجمعت المرافعة فيها ، مقدرة أن الدعوى بعد أن تبلغ هذا المبلغ من الاستواء للحكم تصبح مصلحة الخصوم في عدم انتزاعها في مرتبة الحق الذي لا يصبح المساس به إلا بنص خاص . هذا إلى أن أثر القانون الجديد المعدل للاختصاص على الدعوى القائمة لم ينقطع شأنه الخلاف في النظر العلمي حتى بين الفقهاء المتفقين على طبيعة قوانين الاختصاص وأنها من القوانين المنظمة لمراكز قانونية (ديجي شرح القانون الدستوري ٢ ص ٢١٢ و ٢١٣ . جيز مجلة القانون العام ١٩١٣ ص ٩١ وما بعدها) .

وفيما يلي دراسة تفصيلية للفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون المرافعات

١ - إذا صدر قانون يمنع كل جهات القضاء من نظر دعوى معينة فإن مثل هذا القانون ينفذ فوراً (١) ولو كان صادراً بعد اقفال باب المرافعة في الدعوى وقبل صدور الحكم فيها ، وهنا يطبق صدر المادة الأولى من قانون المرافعات ولا تطبق الفقرة الأولى من المستثنيات ، وذلك لأن هذه الفقرة لا يعمل بها إلا حيث ينتقل الاختصاص من محكمة إلى أخرى . ويلاحظ أن مثل القانون المتقدم يمس أصل الحقوق المكتسبة للخصوم ويمس في ذات

(١) سوليس ويبرو رقم ٢٤ ص ٢٨ .

الوقت النظام القضائي وهو من النظام العام ، ولهذا يتعين إعماله ولو بعد قفل باب المرافعة (١) . وفي الحالة المتقدمة تملك المحكمة الحكم بعدم الاختصاص اعتباراً بأن الدعوى المتقدمة لم تعد من اختصاصها ، كما تملك الحكم بعدم قبول الدعوى اعتباراً بأن رافعها لم تعد لديه سلطة في الالتجاء إلى القضاء ، فالقانون قد حرمه من هذه الوسيلة لحاية حقه .

٢ - إذا نص قانون جديد على منع الجهات القضائية من نظر دعوى معينة ومنع الاختصاص بصددھا لجهة إدارية أو هيئة خاصة فانه يحدد عادة - في أحكامه الوقتية - وسيلة إحالة الدعاوى من الجهة القضائية إلى تلك الهيئة الخاصة .. الخ . والعكس صحيح ، بمعنى انه إذا ألغى المشرع اختصاص هيئة خاصة أو جهة إدارية ومنحه للمحاكم فإنه يحدد أيضاً وسيلة إحالة القضايا من الجهة الادارية إلى المحاكم (أنظر على سبيل المثال المادة ٤٢ من قانون ايجار الأماكن الجديدة الصادر سنة ١٩٦٩ ، وهي تنص على أنه على مجالس المراجعة المنصوص عليها في القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ أن تحيل التظلمات المروضة عليها عند العمل بأحكام هذا القانون إلى المحاكم الابتدائية الكائن في دائرتها العقار . وذلك بغير رسوم . وبالحالة التي تكون عليها) (٢) .

وجدير بالإشارة في هذا المقام أن بعض مجالس المراجعة لم يتنبه إلى

(١) راجع ماقبلناه في الفقرة الثالثة وقارن حكم المحكمة العليا في أول ديسمبر ١٩٥٦ بمجموعة أحكام المحكمة العليا السنة الثانية الممد الأول ص ١٢٢ . وقد حكم بأنه إذا جاوز القانون الجديد نطاق توزيع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة فألغى حقاً كان مقرراً ، وزالت الدعوى التي كان رفعها على أساسه ، فانه يفتو من القوانين الموضوعية التي لا يجوز العمل بها بأثر رجعي ، مالم ينص فيها على غير ذلك ، طبقاً للسبدأ الذي قرره الدستور من عدم جواز العمل بالقوانين بأثر رجعي إلا بنص صريح على ذلك . (حكم محكمة القضاء الإداري في ٢٦ مارس ١٩٥٧ السنة ١١ ص ٣١٥) .

(٢) إذا كان قد طعن قبل العمل بقانون ايجار الجديد في قرار مجلس المراجعة أمام محكمة القضاء الإداري بناء على حكم المادة ١١ من قانون مجلس الدولة (رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩) ، فانه يتعين عليها إحالة الطعن إلى المحكمة الابتدائية إذا قفست بانعدام قرار مجلس المراجعة لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى انعدامه .

هذا القانون الجديد واصلت قراراته بعد نفاذه مما يجعلها معلومة لأن هذه المجالس قد فقدت اختصاصها في نظر التظلمات بمجرد نفاذ قانون الاجبار الجديد . ومن الجائز الطعن في تلك القرارات أمام محكمة القضاء الإداري طبقاً للمادة ١١ من قانون مجلس الدولة (رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩) على تقدير أنها معلومة ، ويتعين عليها بعد الحكم بانعدامها إحالة القضية إلى المحكمة الابتدائية المختصة ، لأن الحكم بانعدام تلك القرارات يعيد التظلمات إلى ما كانت عليه قبل إصدارها ، وهذه التظلمات أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية بعد العمل بقانون المساكن الجديد ، فتكون الإحالة المتقدمة واجبة عملاً بالمادة ١/١ من قانون المرافعات . وجدير بالإشارة أن المعلوم لا تلحقه أية حصانة ، ومن ثم من الجائز رفع الطعن في القرارات المعلومة دون التقييد بأي ميعاد من المواعيد المقررة في قانون مجلس الدولة .

وليس ثمة ما يمنع من انعقاد مجالس المراجعة ولو بعد نفاذ قانون الاجبار الجديد لمجرد إحالة القضايا القائمة أمامه إلى المحاكم الابتدائية عملاً بالمادة ٤٢ من هذا القانون ، وعلى هذه المجالس إحالة القضايا التي أصدرت فيها قرارات معلومة بعد نفاذ القانون الجديد ، على أساس عدم الاعتداد بحجيتها (١) .

٣ - على الرغم من أن المذكرة التفسيرية قد اشارت إلى إعمال الفقرة الأولى بالنسبة إلى القوانين التي تغير الاختصاص النوعي أو المحلي فقط إلا أنه ليس هناك ما يمنع من إعمالها أيضاً بالنسبة إلى القوانين التي تغير الاختصاص المتعلق بالوظيفة (٢) . ويؤكد هذا النظر نص المادة ١١٠ من القانون الجديد الذي أوجب الاحالة ولو بعد حكم المحكمة بعدم اختصاصها اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة .

(١) أنظر في دراسة الأحكام المعلومة وفي أن المحكمة التي أصدرتها تملك - هي بذاتها - عدم الاعتداد بها : كتاب نظرية الدفوع للمؤلف الطبعة الرابعة رقم ٢٦٩ .
(٢) راجع حكم المحكمة العليا في أول ديسمبر ١٩٥٦ - السنة الثانية ١٢٢ .

٤ - إذا أوجب القانون الجديد رفع الطلب أولا إلى لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي أو لجنة قضائية، وجعل الطعن في قرارها من اختصاص المحاكم العادية، فإن الطلبات المنظورة أمام المحاكم العادية دون أن تحطوا هذه المراحل لصلورها قبل العمل بالقانون الجديد تظل على حالها ما لم ينص القانون الجديد على ما يخالف ذلك (١).

٥ - المقصود بأفعال باب المرافعة في الدعوى اتفاله بالنسبة للدعوى برمتها، فإذا حجزت الدعوى للحكم للفصل في طلب الاحالة إلى التحقيق مثلا أو طلب ندب خبير أو غير ذلك من الطلبات المتعلقة بالاثبات أو بسر الاجراءات أو المؤدية إلى إصدار حكم قبل الفصل في الموضوع، أو أبدى الطرفان طلباتهما وحجزت المحكمة القضية للحكم على اعتبار أنها صالحة للفصل فيها برمتها، ثم استبان لها أنها غير صالحة للفصل فيها وأن الأمر يحتاج إلى إحالتها إلى التحقيق مثلا أو ندب خبير أو ما إلى ذلك، ثم صدر قانون معدل للاختصاص فلا يجوز للمحكمة القائمة أمامها الدعوى أن تستمر في الفصل فيها بل عليها أن تطبق هذا القانون الجديد المعدل للاختصاص وذلك لأن المشرع قصد بعدم سريان القوانين المعدلة للاختصاص على ما قفل باب المرافعة فيه من دعاوى توفير الجهد والوقت بعد أن استوت الدعوى للفصل فيها برمتها أما إذا لم يتم هذا فلا محل لبقاء الدعوى أمام محكمة أصبحت غير مختصة بنظرها.

٦ - ما دامت الدعوى قد حجزت للنطق بالحكم في ظل القانون القديم فإنه لا يشترط أن تكون المواعيد المحددة لتقديم مذكرات الخصوم الختامية قد انقضت قبل نفاذ القانون الجديد، كما لا يشترط تقديمها بالفعل في ظل القانون القديم ما دامت الدعوى قد أجلت للنطق بالحكم في ظله.

٧ - متى صدر القانون الجديد بعد حجز القضية للنطق بالحكم فيها، فإن المحكمة تملك في ظله تأجيل النطق بالحكم - دون إعادة القضية للمرافعة بطبيعة الحال - وذلك عملا بالمادة ١٧٢ من قانون المرافعات الجديد.

(١) أنظر نفص ٢٨ فبراير ١٩٥٧ المجموعة ٨ ص ١٨٩.

٨ - لما كان قانون المرافعات الجديد قد عدل بعض القوانين المتعلقة بتقدير قيمة الدعاوى (م ٣٧) ، ولما كان الاختصاص القيمي قد أصبح متعلقاً بالنظام العام فتتضح به المحكمة من تلقاء نفسها (م ١٠٨ و م ١٠٩) يكون عليها اذن أن تعيد تقدير قيمة الدعوى ، فاذا رأت أنها أصبحت غير مختصة بها وجب عليها أن تحيلها على النحو المقرر في قانون الاصدار .

ومن ناحية أخرى ، إذا رفعت دعوى في ظل القانون السابق إلى محكمة غير مختصة قيمياً وأسقط المدعى عليه حقه في التمسك بعدم الاختصاص (بتكلمه في الموضوع) ، فإن المحكمة عليها - على الرغم من ذلك - ان تقضى بعدم اختصاصها طبقاً للمادة ١٠٩ من القانون الجديد - وعندئذ عليها إحالتها إلى المحكمة المختصة (١) .

وإذا كانت الدعوى قد رفعت إلى محكمة جزئية في ظل القانون القديم ولم تكن مختصة به نوعياً ، ولم يتمسك المدعى عليه بعدم الاختصاص النوعي الذي كان لا يتصل بالنظام العام في ظل القانون القديم ، وإذا كان اختصاصها قد ثبت لها بصدد حكم في شق من الموضوع قبل العمل بالقانون الجديد فلا عليها أن هي قضت في الموضوع في ظل القانون الجديد (٢) (راجع المادة الرابعة من قانون اصدار قانون المرافعات السابق والمادة الثانية من قانون اصدار قانون المرافعات الجديد) .

٩ - يتعين على المحكمة جزئية كانت أم ابتدائية أن تحيل إلى المحكمة المختصة من تلقاء نفسها أية دعوى أصبحت تخرج من اختصاصها النوعي أو القيمي بسبب :

١ - تعديل قاعدة من قواعد تقدير الدعاوى على ما قدمناه .

(١) أنظر مزيداً من الأمثلة في كتاب التعليق على قانون المرافعات الجديد من المادة الثانية من قانون الاصدار رقم (٢) وما يليه .

(٢) نقض ٢٩ يناير ١٩٥٩ المحاماه ٤٠ ص ٣٧١ وراجع نقض ٢٩ فبراير ١٩٥٧ السنة

٢ - تعديل قاعدة من قواعد الاختصاص النوعي بحيث أصبح الاختصاص النوعي للمنازعة من اختصاص محكمة أخرى ، كما هو الحال مثلاً بالنسبة لاختصاص قاضي التنفيذ .

٣ - تعديل قاعدة من قواعد الاختصاص النوعي بحيث لم تعد المحكمة الجزئية هي المختصة في جميع الأحوال بنظر الدعوى مهما تكن قيمتها ، وإنما أصبح هذا الاختصاص خاضعاً للقواعد العامة بحسب قيمة الدعوى أو نوعها كدعاوى الحيازة ودعاوى العويض عن الفعل المعتبر جنحة أو مخالفة فقد عاد بها المشرع إلى القواعد العامة بحيث تقلد الأولى بحسب قيمة أصل الحق (م ٤/٣٧) ، وتقلد الثانية وفق القواعد العامة .

١٠ - بالنسبة لنصاب الاستئناف العبرة بالقانون المعمول به وقت صدور الحكم . ومن ثم إذا صدر قانون جديد يعدل من قواعد قيمة الدعوى تعديلاً من شأنه أن يغير نصاب الاستئناف فيجعل الحكم الصادر في الدعوى غير قابل للاستئناف بعد أن كان قابلاً له ، أو العكس ، فإن هذه القواعد الجديدة لا تسرى إلا على الأحكام الصادرة بعد العمل بها . ولو كانت عن دعاوى رفعت أثناء سريان القانون القديم وحجزت للحكم في ظله .

واذن من المتصور أن تقلد الدعوى وفق القانون القديم إذا حجزت للحكم قبل صدور القانون الجديد ، ثم يقلد نصاب الاستئناف في ذات الدعوى على أساس القانون الجديد عند صدور الحكم بعد العمل به .

وما قلعتنا لا يمنع محكمة الدرجة الثانية من وجوب إعادة تقدير قيمة الدعوى وفق أحكام القانون الجديد - مع عدم المساس بالحق المكتسب في استئناف الحكم - بحيث لا تفصل محكمة ابتدائية في استئناف حكم صادر من محكمة جزئية في دعوى قيمتها في نظر القانون الجديد تجاوز مائتين وخمسين

جنباً (١) فتلا إذا استؤنف حكم صادر في دعوى حيازة في ظل القانون السابق أمام المحكمة الابتدائية عملاً بأحكامه ، فعلى المحكمة الابتدائية أن تقلد قيمة الدعوى وفقاً لأحكام القانون الجديد ، فإذا كانت في حدود مائتين وخمسين جنباً (ولو كانت قيمتها ٥٠ جنباً أو أقل) اختصت بها وأن جاوزت ذلك وجبت إحالة الاستئناف إلى محكمة الاستئناف المختصة (٢) .

١١ - إذا عدل القانون الجديد قواعد الاختصاص المحلى فلا تملك المحكمة الإحالة إلى المحكمة التى أصبحت مختصة محلياً الا إذا تمسك أولاً الخصم صاحب المصلحة (سواء أكان هو المدعى عليه أو المدعى) بعدم اختصاص المحكمة عملاً بالقانون الجديد، ويشترط أن يكون ذلك قبل التكلم في الموضوع بعد نفاذ القانون الجديد . وبداهة قد تكون القاعدة المستحدثة لمصلحة المدعى أو المدعى عليه ، فيتمسك هذا أو ذاك بالقاعدة المستحدثة المقررة لصالحه (٢) .

ولقد استحدث قانون المرافعات الجديد الفقرة الثانية من المادة ٦٢ منه والتي تقرر أنه في الحالات التى ينص فيها اتقانون على تحويل الاختصاص المحلى لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه لا يجوز الاتفاق مقدماً على ما يخالف هذا الاختصاص .

وهذا النص الجديد يسرى ولو بالنسبة للدعاوى المرفوعة عن عقود أبرمت قبل العمل بالقانون الجديد عملاً بالمادة الأولى من قانون المرافعات التى توجب تطبيق قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات . واذن إذا تمسك المدعى عليه عند نفاذ القانون

(١) أنظر دراسة تفصيلية لهذه الأحوال في كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد من المادة ٣٦ رقم (٦) .

(٢) أنظر كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد من المادة ٢٦ رقم (٦) ص ١٢٠ وص ١٢١ .

(٣) راجع ماقدرته المادة ٢/٦٢ من قانون المرافعات الجديد .

الجديد وقبل التكلم في الموضوع بعدم اختصاص المحكمة محلياً وبإعمال المادة ٢/٦٢ المستحدثة وجب على المحكمة إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة محلياً عملاً بالمادة ١/١ من قانون المرافعات .

ومع ذلك يتجه رأى في فرنسا يذهب إلى أنه إذا عدل القانون الجديد قاعدة من قواعد الاختصاص المحلي ، فإن ذلك لا يؤثر على اتفاق الخصوم الذى تم قبل العمل به على اختصاص محكمة غير التى حددها القانون الجديد ولو نص القانون الجديد على عدم جواز الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة ما لم ينص صراحة على عدم الاعتداد بالاتفاقات السابقة على صدور القانون الجديد (١) .

ويتجه الرأى في فرنسا على وجه العموم ، إلى احترام اتفاق الخصوم بصدد المحكمة المختصة محلياً بنظر النزاع ولو كان هذا الاتفاق يخالف نصوص القانون الجديد ، وذلك على تقدير ان قواعد الاختصاص المحلي لا تتعلق بالنظام العام - فى رأى (٢) ، أو على تقدير احترام الحقوق المكتسبة للخصوم بمقتضى مثل الاتفاق المتقدم - فى رأى آخر (٣) .

وقد رأينا ما رأيناه بصدد المادة ٢/٦٢ من القانون الجديد احتراماً لأثره المباشر ونفاذاً له .

١٢ - إذا تمت إحالة الدعوى إلى المحكمة التى أصبحت مختصة بنظرها وفق احكام القانون الجديد فإن هذه الإحالة تمتد إلى ما صدر فى الدعوى من أحكام فرعية وبما تم فيها من اجراءات الاثبات ، ويعتد بتلك الاجراءات أمام المحكمة المحال اليها الدعوى ، ولها بطبيعة الحال أن تأمر باتخاذ أية اجراءات أخرى .

(١) جلاسون وتسييه ١ ورقم ٦ ص ١٢ .

(٢) سوليس وييرو رقم ٢٩ ص ٣٢ .

(٣) موديل ١٩ ص ١٨ .

وعلى المحكمة الحال اليها الدعوى أن تتحقق من صحة إعلان الخصوم في حالة تخلفهم عن الحضور ومن ناحية أخرى ، تفرض عليها الدعوى المحالة اليها ، وذلك عملاً بالمادة ١١٠ من القانون الجديد (م ١٣٥ من القانون السابق معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) .

٢١ - القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ

العمل بها :

تقول المذكرة التفسيرية في هذا الصدد : «... قدرت اللجنة أنه متى بدأ الميعاد في ظل قانون معين فمن العذر وحسن النظر أن ينتهى طبقاً لهذا القانون نفسه كى لا يتبعض الميعاد أو يضطرب حساب بدايته ونهايته ومداها (١) والمراد ببداية الميعاد هنا الاجراء الذى يبدأ منه حساب الميعاد كما حدده القانون الذى بدأ في ظله ، أيا كان هذا الاجراء اعلاناً أو ايداعاً أو غير ذلك . والمراد بالميعاد المعنى الأعم لهذا اللفظ فيشمل المواعيد المدد والآجال سواء أكانت مواعيد طعن أم آجال سقوط يجب أن تتخلل الاجراءات » (٢) .

وفيما على دراسة تفصيلية لهذه الفقرة :-

١ - العبرة في تحديد الميعاد بالقانون السارى وقت بدئه . فإذا صدر حكم في ظل القانون القديم الذى ينص على أن ميعاد الطعن في الحكم يبدأ من تاريخ صدوره . فإن الميعاد يحدد وفق هذا القانون ، ولو صدر في أثناء سريان الميعاد قانون جديد يعدل الميعاد بالزيادة أو بالنقص أو يجعل سريان الميعاد من تاريخ إعلان الحكم وليس من تاريخ صدوره .

وإذا صدر حكم في ظل القانون القديم الذى ينص على أن ميعاد الطعن

(١) قارن أسلوب القانون المدنى في معالجة أثر تعاقب القوانين المعدلة لمواعيد التقادم في المادة ٧ و ٨ منه .

(٢) أنظر في تطبيق النص نقض ٨ مارس ١٩٥٢ طعن سنة ١٩ قضائية ودرقم ٢٤ سنة ٢٠ قضائية .

فيه يبدأ من تاريخ إعلانه ، وأعلن الحكم في ظل القانون الجديد فان ميعاد الطعن يحسب وفقاً لأحكام هذا القانون (١) ، ولو عدل الميعاد بالزيادة أو بالنقص .

وإذا صدر قرار لجنة تحديد الأجرة قبل العمل بقانون المساكن الجديد فان ميعاد التظلم منه يكون ستين يوماً وفقاً لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ولا يسرى ميعاد الثلاثين يوماً المستحدث في المادة ٢/١٣ من قانون المساكن الجديد ، هذا ولو أن التظلم قد أصبح من اختصاص المحاكم الابتدائية بعد أن كانت تنظره مجالس المراجعة المشككة وفق القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ .

٢ - لا يعمل بالفقرة المتقدمة الا بالنسبة للقوانين التي تعدل المواعيد القائمة بالزيادة أو بالنقص ، أما القوانين التي تلغى المواعيد القائمة فلا يعتد بها متى انقضى الميعاد في ظل القانون القديم أياً كان نوع هذا الميعاد ، وتترتب عندئذ الآثار التي حددها هذا القانون كما قلنا (٢) .

أما القوانين الجديدة التي تستحدث مواعيد لم تكن قائمة في التشريع ، فهذه لا تسرى - أياً كان نوعها - الا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها ، أياً كان الجزاء الذي تقرر ، وذلك تحقيقاً للعدالة ، وحتى يكون الخصم على بينة من الجزاءات وقت حصول المخالفة ، وحتى لا يوقع عليه جزاء لم يدر بخلفه وقت المخالفة ، وإعمالاً لمبدأ أساسى مقتضاه أن الميعاد لا يسرى في حق من لا يتمكن من اتخاذ الاجراءات للمحافظة على حقه . وهذه القاعدة يقررها صدر المادة الأولى من قانون المرافعات والقوانين الجديدة التي تستحدث أى ميعاد لا تسرى - إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد - الا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها .

(١) نقض ٩ ابريل ١٩٥٣ طعن ١ سنة ٢٣ قضائية وقنا الابتدائية ١٢ مارس ١٩٥١

المحاماه ٣٢ ص ٦٨٩ .

(٢) أنظر ماقلائه في الفقرة رقم ١٣ .

ومن ثم يتضح مما تقدم أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون المرافعات التي تنص على أنه لا تجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها — هذه المادة كان يمكن الاستثناء عنها في التشريع اكفاء بايراد القاعدة الأساسية في عدم رجعية القانون الجديد في صدر المادة الأولى من قانون المرافعات التي تقرر أن قوانين المرافعات الجديدة لا تسرى على ما فصل فيه من دعاوى أو ما تم من اجراءات .

٣ — لا تسرى الفقرة المتقدمة الا بالنسبة للقوانين التي تعدل الميعاد أما القوانين التي تجعل بداية الميعاد من اجراء غير الاجراء المنصوص عليه في القانون القديم ، فالعبرة بما إذا كان الميعاد قد جرى بالفعل في ظل القانون القديم أو لم يجر ، وفي الحالة الأخيرة يسرى الميعاد من الاجراء الذي أشار اليه القانون الجديد بشرط أن يكون هذا الاجراء قد اتخذ في ظله والا فن وقت العمل بالقانون الجديد . ومن ثم إذا كان ميعاد الطعن في حكم ما يبدأ من وقت صدوره ثم تعدل التشريع بما يجعل سريان الميعاد من وقت اعلان الحكم ، وصدر الحكم في ظل القانون القديم ، فان ميعاد الطعن فيه يكون قد بدأ بالفعل في ظله ، ولا يعتد بحكم القانون الجديد ولو اكتملت مدة الميعاد بعد العمل به . وإذا كان ميعاد الطعن في حكم ما يبدأ من وقت اعلانه ثم تعدل التشريع بما يجعل سريان الميعاد من وقت صدوره ، وصدر الحكم في ظل القانون القديم فان ميعاد الطعن فيه يبدأ من وقت العمل بالقانون الجديد ، ولا يبدأ من وقت صدور الحكم لأن الميعاد لا يسرى في هذا الوقت عملاً بالقانون القديم ، ولا يبدأ من وقت اعلان الحكم في ظل القانون الجديد لأن هذا القانون لا يشترط الاعلان لسريان الميعاد (١) .

٤ — لا تسرى الفقرة المتقدمة الا بالنسبة إلى القوانين التي تعدل الميعاد أما القوانين التي تستحدث آثاراً جديدة عند فوات الميعاد أو عند احترامه

(١) راجع نقض ٩ أبريل ١٩٥٣ المحاماه ٣٥ ص ٢٧٢ ونقض ١٢/٦/١٩٦٨ السنة

(باتخاذ المطلوب في التشريع) فهذه الآثار يحددها القانون الذي انقضى الميعاد في ظله (١) .

٥ - لا تسرى الفقرة المتقدمة الا بالنسبة للقوانين التي تعدل بمواعيد المرافعات (٢) أو مواعيد أو مدد السقوط (٣) التي تتدخل الاجراءات والتي يوجب القانون احترامها (أنظر المذكرة التفسيرية للقانون السابق) . أما مدد التقادم التي يحددها القانون المدني فلا يطبق بصدها قانون المرافعات وانما يعتد فيها بأحكام القانون المدني (م ٧ و ٨ منه) . وكذلك لا يجوز إعمال القانون المدني (في أثر تعاقب أحكامه على مدد تقادم الحقوق) بالنسبة لمواعيد المرافعات ومواعيد السقوط على المعنى المتقدم وانما يعتد فقط بأحكام المادة الأولى والثانية من قانون المرافعات .

وبالنسبة لمدة تقادم الحصومة تتبع أيضاً القاعدة المقررة في المادة ١/٢ . ومع ذلك اتجه رأى في صدها إلى إعمال المادة الثامنة من القانون المدني التي تنظم كيفية الانتقال من ولاية القانون القديم إلى ولاية القانون الجديد بالنسبة لمدد تقادم الحقوق (٤) ، وهي تنص على أنه «إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . أما إذا كان الباقى من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي .

ونحن لا نرى الأخذ بهذا الرأى لأن قانون المرافعات قد عني ببيان آثار تعاقب قوانين المرافعات ونص صراحة - كما رأينا - على أن القوانين المعدلة للمواعيد لا تسرى إذا كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها . فالأخذ

(١) راجع ماقلناه في رقم ١٣ .

(٢) delais de procedure

(٣) delais prefixes

(٤) مؤلف الدكتور الشرقاوى في المرافعات رقم ١٥ .

بهذا الرأي فيه اهدار لذلك النص . هذا فضلا عن أن مشروع القانون المدنى كان ينص - إلى جانب المادة الثامنة - على ذات القواعد المنصوص عليها في المادة الأولى من قانون المرافعات (الفقرة الأولى والثالثة والرابعة) مما يقطع بأن مجال إعمال المادة الثامنة يختلف عن مجال إعمال المادة الأولى وإن ما يسرى في تقادم الحقوق من قواعد لا ينطبق بالنسبة لمواعيد المرافعات أيا كان الميعاد .

واذن ، تسرى الفقرة المتقدمة بالنسبة لمواعيد الطعن في الأحكام ومواعيد اسقاط الخصومة واعتبارها كأن لم تكن ومواعيد انقضاء الخصومة بالتقادم (١) وسائر المواعيد أو مدد السقوط المقررة في التوانين الاجرائية .

وفى ختام هذه الفقرة تجدر الإشارة إلى ما ذهب اليه الفقه والقضاء في فرنسا إلى اعتبار النصوص المعدلة لمواعيد الطعن في الأحكام موضوعية ماسة بأصل الحقوق . وسوف ترد دراسة هذا في الفقرة التالية .

٢٢ - القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشة لطريق من تلك الطرق :

جاء في المذكرة التفسيرية لقانون ١٩٤٩ عن هذه الفقرة ما يلي « كذلك استثنيت القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل العمل بها إذا كانت هذه القوانين قد ألغت طريق طعن كان موجوداً وقت صدور الحكم وأصبح للمحكوم عليه بصلوره الحق في سلوكه . أو أوجدت طريق طعن لم يكن موجوداً قبل صدور الحكم الذى حصل عليه

(١) بالنسبة لميعاد انقضاء الخصومة بالتقادم، كان ثمة رأى يتجه إلى اعتباره من المواهيد المستحثة في القانون السابق ، على تقدير أن القانون القديم (الصادر سنة ١٨٨٣) لم ينص على انقضاء الخصومة بالتقادم ، ولم نر الأخذ بهذا الرأى لأن انقضاء الخصومة بالتقادم وأن لم ينص عليه القانون السابق إلا أن الفقه والقضاء كانا مستقرين على الأخذ به - أنظر كتاب المرافعات للدكتور أبو الوفا الطيعة التاسعة رقم ١٤ الحاشية رقم (١) ص ٣٩ و كتاب نظرية النفع في قانون المرافعات

المحكوم له غير قابل لهذا النوع من الطعن . والأحكام التي يشير إليها النص هي الأحكام التي يجعلها القانون الجديد قابلة لطريق طعن جديد يفتحها أو يحرمها من طريق موجود يسلمه . فصدور حكم من المحكمة الجزئية قبل العمل بهذا المشروع لا يمنع من جواز الطعن بالنقض في الحكم الذي يصدر في استئناف هذا الحكم بعد تاريخ العمل به ، علما بأن المشروع يجيز الطعن بالنقض في مثل هذا الحكم .

وفيما يلي دراسة تفصيلية لهذه الفقرة :

١ - قصد المشرع بإيراد الفقرة المتقدمة حسم الخلاف الذي لم ينقطع في النظر العلمي بين الفقهاء في فرنسا حول تحديد القانون الواجب التطبيق في صدد قابلية الحكم الصادر في الدعوى للطعن فيه أو عدم قابليته له ، فهل العبرة بالقانون القائم وقت الادلاء بالطلب القضائي (أي وقت رفع الدعوى) على تقدير أن حقوق الخصوم الاجرائية إنما تتحدد من تاريخ الادلاء بالطلب إلى المحكمة فإعراعى بصدها القانون النافذ عندئذ ، حتى لا يضر المدعى من بقاء التقاضي ، أم العبرة بالقانون القائم وقت صدور الحكم ، على تقدير أن قابليته للطعن فيه أو عدم قابليته إنما هي وصف للحكم يلزمه ، فيكتسب الحكم الوصف الذي يمنحه إياه القانون النافذ وقت صدوره (١) ، ولا يصح أن يوصف بعدئذ بالوصف الذي يمنحه القانون الجديد لحكم مثله يصدر بعد العمل به ، أم أن العبرة بالقانون النافذ وقت سريان ميعاد الطعن في الحكم على اعتبار أنه من هذا الوقت وفي خلال الميعاد المقرر للطعن تتحدد حقوق الخصوم بصورة قطعية نهائية فيكتسبوا عندئذ الوضع القانوني الذي يمنحه لهم هذا القانون (٢) .

والصحيح فيما تقدم أن القابلية للطعن في الحكم هي وصف له يلزمه منذ صدوره ويولد معه في ضوء القانون القائم وقت صدوره . وإنما هذا

(١) جلاسون وتسييه ١ رقم ٦ ص ١٤ وأحكام النقض الفرنسي المشار إليها فيه ، وروبية ٢ رقم ١٤٤ ص ٧٢٨ وموريل رقم ٦ ص ١٤ وسوليس وييرو رقم ٣٤ ص ٣٥ .
(٢) جلاسون وتسييه ١ رقم ٦ ص ١٤ والأحكام المشار إليها فيه .

الوصف لا يمنع من إمكان وصفه وفق أحكام القانون الجديد، وقد يكون الوصف الجديد مغايراً للوصف السابق فتصادم هذا وذلك. ولأن المركز الاجرائي للخصوم بمقتضى مثل هذا الحكم لا يكتمل الا إذا أصبح الحكم باتاً أى غير قابل للطعن irrévocable ، فى ظل القانون القديم اضطر المشرع إلى التدخل والنص على أن حقوق الخصوم انما تتحدد وقت صدور الحكم بمقتضى القانون القائم عندئذ ، فيكون قابلاً للطعن فيه أو غير قابل له وفق أحكام هذا القانون ولو منع القانون الجديد الطعن فى مثل هذا الحكم بعد أن كان الطعن جائزاً ، أو أجاز القانون الجديد الطعن فيه بعد أن كان غير جائز . وذلك رعاية لحقوق الخصوم التى رآها المشرع جديدة بحايته .

وجدير بالإشارة ان مغايرة القانون الجديد للقانون القديم فى صدد النصوص الملغية لطريق من طرق الطعن أو المنشئة له لا يكون مبعها مجرد استحداث طريق طعن جديد أو إلغاء طريق طعن قائم فى التشريع (كما هو الحال بالنسبة إلى إجازة الطعن فى الأحكام الصادرة فى منازعات إيجار الأماكن طبقاً لقانون الإيجار الجديد . وكما هو الحال بالنسبة إلى إلغاء طريق المعارضة فى الأحكام الغيابية فى المواد المدنية والتجارية بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ وإلغاء التظلم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها بمقتضى قانون المرافعات الجديد) . وانما قد يتأتى الاستحداث أو الإلغاء عن طريق زيادة النصاب الانتهاى لمحاكم الدرجة الأولى أو نقصه فيصبح الحكم الصادر فى ظل القانون القديم غير قابل للاستئناف بعد أن كان قابلاً له . أو يصبح ابتدائياً بعد أن كان انتهائياً (على التوالى) . أو عن طريق إلغاء سبب من أسباب الطعن فى الحكم بطريق غير عادى أو استحداثه (كما هو الحال بالنسبة لإلغاء طريق الطعن بالنقض فى القانون الجديد فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى استئناف أحكام المحاكم الجزئية الصادرة فى مسائل الاختصاص المتعلق بالوظيفة أو استحداث أسباب جديدة للطعن بطريق الالتماس فى ذات القانون) . كما قد يتأتى الاستحداث عن طريق فتح باب الاستئناف بالنسبة إلى بعض الأحكام الانتهاية ، كما استحدث

قانون المرافعات السابق (م ٣٩٦ منه) باب استئناف الأحكام الانتهائية
إذا كانت باطلة أو مبنية على اجراءات باطلة .

وقدما أن الفقه والقضاء في فرنسا يذهبان إلى اعتبار كل ما يتصل بقابلية
الحكم للطعن فيه من المسائل الموضوعية التي يحكمها القانون الذي يصدر
الحكم في ظله ، وتكون في حماية من أعمال القانون الجديد عليها بأثر رجعي
سواء أكان الأمر متعلقاً بالقوانين التي تستحدث طريقاً من طرق الطعن
أم التي تلغي طريقاً قائماً أم التي تعدل مواعيد الطعن (١) .

وقلنا في التعليق على ما تقدم انه لا يمكن نفيه الاجراءات عن مساسها
بجوهر الحقوق ، ولا يمكن تجريدها من عنصر الالتزام ومن عنصر الجزاء
والاستحالة على القانون الاجرائي أن يسير ويعمل وينتج على الوجه المطلوب .

ونضيف أن كلا من القوانين المتعلقة بجوهر الحقوق والقوانين المتعلقة
بالاجراءات ، كلاهما لا يجوز أن يطبق بأثر رجعي ولا يمكن أن يمس
المراكز القانونية المكتملة قبل صدوره .

وحتى في الدول التي قانون المرافعات فيها لا يتضمن نصاً صريحاً على منع
سريانه بأثر رجعي — كما هو الحال في فرنسا(٢) — فإن النص العام في هذا
الصدد في الدستور أو في القانون الملئ — كنص المادة الثانية من القانون
الملئ الفرنسي — كاف لاحترام مبدأ عدم رجعية قوانين المرافعات .

ويبدو في نظرنا أن اللبس المتقدم قد تأتى في فرنسا من آثار ما جرى
عليه طويلاً فقه القانون الملئ من اعتبار قوانين المرافعات ذات أثر رجعي (٣)

(١) في رقم ٥ والمراجع والأحكام المشار إليها فيه .

(٢) تنص المادة ١٠٤١ من قانون المرافعات الفرنسي هل «نفاذه في أول يناير ١٨٠٧ ،
وبالتالى جميع الدعاوى التي ترفع منه هذا التاريخ يراعى فيها أحكام هذا القانون» .

(٣) سوليس وييرو رقم ٢٣ ص ٢٦ — وأنظر المقدمة الفقرة رقم ١ .

بحيث إذا صلب قانون اجرائى جديد يمس عند نفاذه المراكز القانونية المكتملة قبل صلوره ، لم يكن من سبيل سهل لحمايتها من رجعية القانون الجديد الا الذهاب إلى اعتبار مثل هذا القانون متعلقاً بأصل الحق ومتعلقاً بالموضوع . ولم يسلم القضاء الفرنسى من الوقوع فى اللبس المتقدم متمشياً مع ما ذهب اليه الفقه المتقدم . بل لم يسلم الفقه المصرى من هذا اللبس ، وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى الذى كان ينظم الانتقال من ولاية القانون القديم إلى ولاية القانون الجديد بالنسبة لقواعد المرافعات (م ١٣ - ١٧ منه) كان ينص فى المادة ١٣ منه على سريان القوانين الجديدة المتعلقة بالاجراءات من وقت العمل بها على ما يباشر من الاجراءات متعلقاً بحقوق تم كسبها قبل ذلك ما دامت هذه النصوص لا تمس جوهر الحقوق أو مداها . وكان مناط إعمال قواعد المرافعات (على وجه العموم) فى نظر واضعى هذا المشروع هو عدم مساسها بجوهر الحقوق .

وإذن لا يصح الخلط بين ما يعتبر من الموضوع وما يعتبر من الاجراءات حتى ولو مست الأخيرة جوهر الحقوق بطريق غير مباشر ، ولهذا القاعدة شعاب منها عند دراسة القانون الدولى الخاص ، ومنها عند دراسة قانون المرافعات على ما قلناه .

ويعمل بالقاعدة المتقدمة سواء بالنسبة إلى طرق الطعن العادية أو غير العادية ، كما يعمل بها أيضاً بالنسبة لأى تظلم وذلك على سبيل القياس (١) .

ويعمل بالقاعدة المتقدمة (٢) سواء أكان معاد الطعن فى الحكم يبدأ

(١) أنظر ماقلناه بصدد اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها ، وكون هذا الاعتراض لا يعتبر وفق أحكام القانون السابق طريق طعن فى الأحكام وإنما اعتبره بمثابة تظلم من نوع خاص ، ومع ذلك رأينا إعمال الفقرة الثالثة من المادة الأولى بالنسبة لهذا التظلم احتراماً للمراكز الاجرائية للخصوم (انظر الطبعة التاسعة من كتاب المرافعات رقم ١٦) . وقد ألغى القانون الجديد هذا التظلم وأجاز الطعن بالاعتراض فى بعض حالاته (انظر كتاب التعليل على نصوص قانون المرافعات الجديد من المادة الأولى رقم ٤٤) .

(٢) أنظر فى تطبيق المادة ٣/١ نقض ٩ مارس ١٩٥٠ الطعن رقم ١١٠ لسنة ١٨ قوه ابريل =

من تاريخ صدوره أم من تاريخ اعلانه أم من وقت لاحق للصدور أو الاعلان (راجع على سبيل المثال المادة ٢٢٨ من قانون المرافعات الى تنص على أن ميعاد الاستئناف في الحكم يبدأ من تاريخ لاحق لصدوره أو اعلانه) . كما يعمل بالقاعدة سواء أكان الطعن مرفوعاً بصورة أصلية أم عارضية ، وسواء أكان يرفع بورقة من أوراق التكليف بالحضور أم بعريضة تودع قلم كتاب محكمة الطعن ، أم بالادلاء به شفاهة في الجلسة ، وسواء أكان الحكم قابلاً للتنفيذ الجبري أم غير قابل له ، وسواء عدل القانون الجديد قاعدة أو أكثر من القواعد المتقدمة أم لم يعدلها .

٢ - يلاحظ أن نطاق لإعمال الفقرة الأولى من المادة الأولى يختلف عن نطاق لإعمال الفقرة الثالثة منها ، فهذه الأخيرة لا يعمل بها الا حيث يلغى القانون الجديد طريق طعن كان قائماً أو ينشئ آخر لم يكن موجوداً من قبل مع افتراض بقاء الاختصاص للمحكمة التي تنظر الطعن ، أما إذا نزع المشرع الاختصاص من المحكمة أو من جهة القضاء التي تتبعها فن الواجب لإعمال الفقرة الأولى من المادة الأولى (١) .

وقضت المحكمة العليا بأن انشاءها عملاً بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ يعد استحداثاً لطريق طعن جديد لم يكن موجوداً من قبل، ومن ثم تجب مراعاة الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون المرافعات بالنسبة إلى الأحكام الصادرة قبل انشاءها (٢) .

١٩٥١- رقم ١٩٤ سنة ١٩ ق و ٢٢ يناير ١٩٥٣ رقم ٢٣٥ سنة ٢٠ ق و ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ الهامام ٣٦ ص ٥١٤ ونقض ٢٣ يناير ١٩٥٣ طعن رقم ٢٣٥ سنة ٢٠ ق . وأفطر في تطبيق القاعدة المقررة في المادة ٣/١ الأمثلة المديدة المذكورة في كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد من المادة ٢١٢ المستحدثة التي تمنع الطعن المباشر في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ما لم تكن قابلة للتنفيذ الجبري ، ويعمل بالقاعدة المقررة في المادة ٣٧٨ من القانون السابق إذا صدر الحكم في ظله ، ولا يعمل بالقاعدة المستحدثة إلا بعد نفاذ القانون الجديد .

(١) راجع حكم المحكمة العليا في أول ديسمبر ١٩٥٦ السنة ٢ ص ١٢٢ .

(٢) ٩ يونيو ١٩٥٦ السنة الأولى ص ٨٤٤ و ٥ نوفمبر ١٩٥٥ السنة الأولى ص ٤١ .

٣ - لا شأن للفقرة الثالثة من المادة الأولى بإجراءات رفع الطعن إذ تتبع في رفع الطعن الاجراءات التي استحدثها القانون الجديد ولو صدر الحكم المطعون فيه في ظل القانون القديم (١) أو أعلن في ظله ما دام الطعن مرفوعاً في ظل القانون الجديد (٢) . ويكون للطاعن استعمال الرخص التي منحها له القانون الجديد ، ويكون أيضاً للمطعون ضده استعمال الضمانات التي استحدثها له القانون الجديد في هذا الصدد .

وقد قضت محكمة النقض بأنه ما دام الطعن بالنقض قد رفع في ظل القانون الجديد (القانون السابق) يكون للطاعن أن يطلب استعمال الرخصة المنصوص عليها في المادة ٤٢٧ منه فيكون له وفقاً لهذا النص أن يطلب في تقرير الطعن إلى محكمة النقض أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه مؤقتاً متى كان يخشى من تنفيذه وقوع ضرر جسيم يتعذر تداوكه (٣) .

٤ - يكفي النطق بالحكم حتى يعتبر أنه قد صدر عملاً بالمادة الأولى ، فإذا نطق به قبل العمل بالقانون الجديد اعتبر كذلك ولو أودعت مسودته (٤) أو نسخته الأصلية ملف القضية بعدئذ (٥) .

٥ - إذا ألقى المشرع جهة قضائية أو هيئة قضائية فانه يبين في القانون الجديد كيفية احالة الدعاوى القائمة أمام محاكم تلك الجهة أو الهيئة ، كما يحدد وسيلة التظلم من الأحكام الصادرة منها ، ولا تعتبر هذه الأحكام بمثابة أحكام صادرة من الجهة المحالة إليها الدعاوى إلا بنص خاص .

(١) الحكم المشار اليه في المذونة ١ رقم ٣ .

(٢) نقض ٢٦ يناير ١٩٥٠ الطعن رقم ٣ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ٢٦ يناير ١٩٥٠ الطعن رقم ٣ سنة ٢٠ ق .

(٤) يلاحظ أن القانون يوجب ايداع المسودة يوم النطق بالحكم (م ١٧٥ من قانون المرافعات الجديد - المادة ٣٤٦ من القانون السابق) .

(٥) قارن ما ذكرناه في كتاب التنفيذ بالنسبة لوقت صدور حكم المحكم رقم ٦٨ - مجلة التفرقة ترجع لذات مهمة المحكمين وما يقتضيه المشروع منهم في خلال الميعاد المحدد لاصدار حكمهم - وراجع أيضاً كتاب التحكيم بالقضاء وبالصلح للمؤلف .

ومن ثم إلغاء المحاكم المختلطة سنة ١٩٤٩ ، ليس معناه في ذاته فتح طريق الطعن بالنقض في المواد المدنية أمام الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف المختلطة ، لأن جهة القضاء المختلطة لم يدخل في تشكيلها محكمة للنقض في المواد المدنية والتجارية ، ولأن قانون المرافعات المختلط - وهو القانون الذي يحدد ما إذا كان الحكم الذي صدر في ظله يجوز الطعن فيه بطريق النقض أو لا يجوز - لم يكن يميز هذا الطعن ، ولأن المحكوم لم بأحكام صادرة من محكمة الاستئناف المختلطة قد اكتسبوا حقاً في وضع قانوني لا يصح المساس به من غير نص صريح في قانون المرافعات الذي حل محل قانون المرافعات الملغى (١) .

وهذا ما قضت به محكمة النقض (٢) .

وقضت أيضاً بعدم جواز الطعن بالنقض في الحكم أو القرار الصادر بتصحيح حكم صدر من محكمة الاستئناف المختلطة . ذلك أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف المختلطة لا يجوز فيها الطعن بطريق النقض تأسيساً على أن قانون المرافعات المختلط لم يكن يميز هذا الطعن (٣) . وقضت أيضاً بأنه لما كانت المادة ٣٦٥ (من القانون السابق) لا تجيز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح على استقلال . وكان الحكم الذي طلب تصحيحه صادراً من محكمة الاستئناف المختلطة فهو غير قابل للطعن فيه بطريق النقض . ومن ثم فلا يجوز تبعاً للطعن بالنقض في القرار الصادر برفض تصحيحه (٤) .

(١) و (٢) أنظر نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ السنة ٣ ص ٥٢٠ .

(٣) نقض ٢ ديسمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ ص ٩ .

(٤) نقض ٢ أبريل ١٩٥٣ السنة ٤ ص ٨٣١ .

خاتمة

٢٣ - قدمنا أنه إذا كان الرأي لا يختلف بين فقهاء قانون المرافعات حول التعريف به ، وانه انما يقتصر على تنظيم الاجراءات القضائية وغير القضائية في نطاق القانون الخاص ، الا أن الخلاف لم ينقطع ، في النظر العلمي بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول تحديد ما يندرج من القواعد القانونية في قانون المرافعات وما لا يندرج منها فيه . ولم يكتف هؤلاء الفقهاء بذلك المعيار العام الذي وضعه فقه المرافعات والذي يتعذر بمقتضاه وحده تبيان الضابط المتقدم ، في كثير من الصور . وما زالت من الدراسات الشاقة في فقه القانون الدولي الخاص محاولة وضع معيار حاسم يفصل بين ما يعتبر من الموضوع وما يعتبر من الاجراءات . وتبدو أهمية هذا المعيار بصورة خاصة في القانون الدولي الخاص لأن القاعدة فيه أن القانون الذي ينظم قواعد المرافعات يكون هو قانون القاضى المعروض عليه النزاع .

ورأينا أن قوانين المرافعات انما تنصرف مهمتها إلى مجرد رسم السبل الواجب اتخاذه والأوضاع التي تلزم مراعاتها عند اللجوء إلى القضاء وترشده إلى كيفية الفصل في الخصومات فلا يتصور أن تمس أصل الحقوق بطريق مباشر ما لم ينص القانون صراحة على غير ذلك . وان كان من المتصور أن تمسها بطريق غير مباشر ، فتؤدي إلى الإبقاء عليها أو تؤدي إلى زوالها .

وأكدنا انه لا يمكن تزييه الاجراءات عن مساسها بجوهر الحقوق ، وإذا جردنا هامن صفتها كاجراءات لمجرد مساسها بجوهر الحقوق بطريق غير مباشر نكون قد خلطنا بين ما يعتبر من الموضوع وما يعتبر من الاجراءات ونكون قد أنكرنا - بصورة عامة- عنصر الالتزام وعنصر الجزاء بصدها ، ولا يمكن لقانون اجرائي أن يسر ويعمل وينتج على الوجه المطلوب بدونها ، ولا يمكن لقانون اجرائي أن يبرأ من تضحيته بالحق الموضوعي في بعض الأحوال .

وقلنا ان قوانين التنظيم القضائي أو الاختصاص أو المرافعات إذ لا تؤثر في الأصل - وكما قدمنا - على العلاقات القانونية بين المتقاضين ، تطبق

القوانين الجديدة منها فوراً على الدعاوى القائمة أمام المحاكم ولو كانت مرفوعة قبل العمل بالقوانين الجديدة ، أو كانت متعلقة بحقوق موضوعية مكتسبة للخصوم قبل العمل بتلك القوانين الجديدة . فهذه القوانين تطبق فور نفاذها إعمالاً لمبدأ سيادة القانون ، ولا يكتسب الخصوم حقاً في وجوب إعمال القوانين الاجرائية التي كانت نافذة وقت نشوء علاقاتهم القانونية أو نشوء حقوقهم الموضوعية .

وقد لنا ان المادة الأولى من قانون المرافعات الجديد (وهي مطابقة للمادة الأولى من قانون المرافعات السابق) قد وضعت أسس دراسة التنازع الزمني لقوانين المرافعات - على معناها المتقدم . فقد وضحت في صدرها مبدأ عدم رجعية القانون الجديد على ما فصل فيه من دعاوى وما تم من اجراءات قبل تاريخ العمل به ، احتراماً للأوضاع الاجرائية المكتملة في ظل القانون القديم وتمشياً مع الدستور والمنطق والعدل . ووضحت في صدرها أيضاً سريان القانون الجديد بأثر مباشر على ما لم يكن قد فصل فيه من دعاوى أو تم من اجراءات قبل تاريخ العمل به ، واستثنت من هذه القاعدة العامة حالات ثلاثة وردت فيها على سبيل الحصر ، ورأت أن تمتد سريان القانون القديم إليها على الرغم من أنها تتعلق بمراكز اجرائية لم تكتمل في ظله . وكان من الواجب إعمال القانون الجديد بصدها لأنه هو القانون الذي تكتمل تلك المراكز في ظله . وانما قصدت بذلك رعاية حقوق ثبتت أو مصالح رأتها جديرة بالاستثناء . وهذه الحالات الثلاث هي الحالات المسلم بها فقهاً وقضاء في فرنسا ، وهي :

١ - القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد اقفال باب المرافعة في الدعوى .

٢ - القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها .

٣ - القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق .

والمادة الأولى بذلك وبذلك تنفي عن المادة الثانية من قانون المرافعات بفقرتها . فالفقرة الأولى من المادة الثانية التي تقرر أن « كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك » هذه الفقرة بغنى عنها صدر المادة الأولى ، وهو غنى بقاعدته لعمومها وشمولها لأدهى تقرر كقاعدة عامة مبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، فما تم من اجراءات وما نظر من دعاوى قبل العمل به يظل على حاله صحيحاً كان أم باطلاً ، ويرتب الآثار التي حددها القانون الذي تم في ظله . وقد رأينا أن هذه الفقرة الأولى من المادة الثانية قد أثارت لبساً في التطبيق العملي ، وقيل أن عكس ما تقرر غير صحيح ، بمعنى أن الاجراء الذي يتم باطلاً في ظل قانون معمول به يصبح صحيحاً إذا صدر قانون جديد يجعل مثله صحيحاً ، على تقدير أن الاجراء وسيلة لا غاية . وأن الحقوق المكتسبة بالنسبة لبطلان الاجراءات لا يصح أن تؤثر على ذات الحقوق الموضوعية . ورأينا أن الصحيح أن يظل الاجراء الذي تم باطلاً على بطلانه لأنه لا يجوز أن يخلق القانون الجديد اجراءات صحيحة من أشتات اجراءات باطلة .

والفقرة الثانية من المادة الثانية التي تقرر أنه « لايجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها » هذه الفقرة بغنى عنها أيضاً صدر المادة الأولى من قانون المرافعات . وهو أيضاً غنى بقاعدته لعمومها وشمولها إذ هي تقرر كقاعدة عامة مبدأ عدم رجعية القانون الجديد . فلا يوقع على الشخص الا ذات الجزاء المقرر في التشريع الساري وقت ارتكاب المخالفة ، وهذا شرط أساسي لتوقيع الجزاء تقتضيه البدهة حتى يكون الخصم على بينة من الجزاء وقت حصول المخالفة ، وحتى لا يوقع عليه جزاء لم يتر محله وقت حصوله . وبالتالي لا يترتب على سريان أى ميعاد حق الخصم أو يسقط حقاً له الا إذا كان على علم — منذ بدء سريان الميعاد — بالأثر المترتب عليه . وأى ميعاد مستحدث — في القانون الجديد — ترتب سقوط حق أو لا يترتب أو يترتب ما يترتب من آثار أخرى لا يسرى في حق الخصوم الا من تاريخ العمل بالقانون الجديد .

وبعد . يتبين من الدراسة المتقدمة انه إذا كانت القاعدة الأساسية فيما نحن بصده أن لقوانين المرافعات الجديدة أثر مباشر فانه يرد عليها نوعين من الاستثناءات . كل استثناء يقوم على اعتبارات تختلف عن الاعتبارات

التي يقوم عليها الاستثناء الآخر . فالاستثناء الأول يتعلق بالأوضاع الاجرائية المكتملة في ظل القانون القديم ، وهذه يحكمها هذا القانون أعمالاً لسيادته ونفاذاً له وتطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، ما لم ينص القانون الجديد صراحة على غير ذلك . والاستثناء الثاني يتصل بالمراكز الاجرائية الجديدة بالحماية رعاية لمصالح الخصوم أو تحقيقاً لحسن سير العدالة ، وهذه تمتد سريان القانون القديم لها للأسباب المتقدمة ، على الرغم من أن هذه المراكز لم تثبت في ظله . ولم تكون في ذاتها وضعاً اجرائياً مكتملاً .

ومن مقتضى الاستثناء الأول أنه :

١ - إذا صدر حكم في ظل قانون معين وكان غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن أو أصبح كذلك ، فإن صدور أى قانون جديد لا يؤثر في المراكز الاجرائية المكتملة للخصوم ولو جعل مثله قابلاً للطعن ، وذلك احتراماً لتلك المراكز الثابتة المكتملة .

٢ - متى صدر حكم في ظل قانون معمول به فانه يأخذ حكمه من ناحية قابليته للتنفيذ الجبرى بقوة القانون أو قابليته للنفاذ المعجل بقوة القانون أو عدم قابليته له . ولو صدر قانون جديد قبل تنفيذ الحكم يجعل مثله غير قابل لتنفيذ بعد أن كان قابلاً له . أو يجعله قابلاً للتنفيذ بعد أن كان غير قابل له . وذلك لأن قابلية الحكم للتنفيذ الجبرى أو عدم قابليته له هي وصف للحكم يولد معه ويولد بمقتضاه مراكز اجرائية مكتملة .

وانما يلاحظ أن الحالة القانونية الناشئة عن مباشرة اجراءات التنفيذ تخضع لقانون المعمول به وقت سريانها - ولو بدأت في ظل قانون سابق - سواء من ناحية وقف التنفيذ مؤقتاً بحكم المحكمة أو بقوة القانون ، أو من ناحية انقضاء هذه الحالة القانونية . أو من ناحية العوارض والنظم المؤثرة في سيرها كنظم الايداع مع التخصيص .

٣ - إذا انقضت الخصومة أمام المحكمة قبل العمل بالقانون الجديد سواء بحكم في موضوعها (ولو كان قابلاً للطعن) أو بحكم ينهى اجراءاتها

دون حسم النزاع على اصل الحق ، أو بقوة القانون القديم دون صدور أى حكم كما إذا ظلت مشطوبة المدة الكافية لاعتبارها كأن لم تكن (م ٩١ من القانون السابق وم ٨٢ من القانون الجديد) ، فانه لا يعاد نظر الدعوى فى ظل القانون الجديد ، بل لا يعاد — كتقاعدة عامة — نظر الدعوى فى مرحلة التقاضى التى انتهت بصدر حكم فى ظل القانون القديم ، ما لم يطعن فى الحكم وتترتب عليه إعادة نظر النزاع .

٤ — إذا تم اجراء فى ظل قانون معين فانه يأخذ حكمه ، سواء أكان هذا الاجراء من اجراءات رفع الدعوى أم من اجراءات التنفيذ ، وسواء أكان من الاجراءات التى تم بالاعلان أم تم بالابديع فى قلم الكتاب أم تم شفاهة فى الجلسة ، وسواء أكان صحيحاً أم باطلا . وتترتب على الاجراء أثره الذى حدده القانون الصادر فى ظله .

٥ — إذا بدأ الميعاد وانقضى فى ظل قانون معين ، فإن الآثار القانونية التى حددها هذا القانون تسرى ولو صدر بعد انقضاء الميعاد قانون آخر يرتب ثاراً أخرى أو يلغى هذه الآثار أو يعدلها أو يلغى الميعاد ، وبذلك احتراماً للمراكز الاجرائية المكتملة فى ظل القانون القديم . ويعمل بهذه القاعدة سواء أكان الميعاد يجب أن يتخلله اجراء أم يسبقه أم يتلوه .

أما الاستثناء الثانى فهو يتصل بأوضاع اجرائية غير مكتملة . ومع هذا رآها القانون — على ما قدمناه — جدير بحمايته .

علم التنظيم وعلوم الإدارة

بحث في التعريف بعلم التنظيم وعلاقته بعلوم الإدارة الأخرى

للمختبر محمد فؤاد مهنا

أستاذ غير متفرغ بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

تمهيد : كان موضوع الإصلاح الإداري من بين موضوعات البحث في المؤتمر العربي الرابع للعلوم الإدارية . وقد ساهمت في أعمال هذا المؤتمر بتقديم بحث في هذا الموضوع (الإصلاح الإداري) نشر بمجلة القضاء ببغداد في العدد الصادر في كانون ثاني سنة ١٩٦٨ تقلا عن الأصل المقدم للمؤتمر . كما نشر في مصر بمجلة العلوم الإدارية العدد الثاني من السنة الثامنة (أغسطس سنة ١٩٧٠).

ويتلخص الرأي الذي أعلته ودافعت عنه في البحث المذكور في أن الإصلاح الإداري هو في حقيقته مسألة تنظيم إداري وان السبيل إلى تحقيق الإصلاح الإداري - على هذا الأساس - ينحصر في إقامة الجهاز الإداري في الدولة على أسس علمية سليمة وتنظيم سير العمل فيه وفقاً لمبادئ وقوانين علم التنظيم Science de L'organisation .

ونظراً لأننا نعيش اليوم في عصر اتسع فيه ميدان نشاط الدولة وزادت فيه أعباؤها إلى حد فاق كل تصور ، فقد أصبحت الضرورة تقضي بوجوب توفير إدارة علمية سليمة لكل الأجهزة الإدارية ولكل المشروعات العامة والخاصة في الدولة . وتأسيساً على هذا زادت أهمية العلم الذي يرجع إليه في توفير هذه الإدارة العلمية .

وقد كان يكفي أن يقتصر البحث في سبيل تحقيق هذه الغاية على دراسة مبادئ وقوانين علم التنظيم بوصفه العلم الذي يبحث في موضوع الإدارة العلمية في المشروعات العامة والخاصة وفي الأجهزة الإدارية في الدولة الحديثة .

غير أن علم التنظيم ليس - فيما يبدو - هو العلم الوحيد الذى يبحث فى موضوع الإدارة العلمية، وإنما توجد بجواره ومعها علوم أخرى تبحث نفس الموضوع .

ومن جهة أخرى فإن مناهج الدراسة بالجامعات المصرية كان يتضمن كما هو معروف تدريس مادة اختيارية لطلبة السنة الرابعة بقسم اللسانس باسم «الإدارة العامة» ثم تعدل المناهج فى العام الجامعى ١٩٦٩-١٩٧٠ وأصبحت «الإدارة العامة» فى التعديل الجديد مادة اجبارية .

ولا شك أن وجود علوم متعددة أو وجود أسماء ومصطلحات مختلفة تستعمل للدلالة على العلم الذى يبحث فى موضوع الإدارة العلمية للمرافق والمشروعات العامة قد يثير الشك فيما يتعلق بتحديد القوانين والمبادئ العلمية التى يتعين الاعتماد عليها فى بناء الأجهزة الإدارية فى الدولة وتنظيم سير العمل فيها بطريقة علمية سليمة تكفل تحقيق أهداف التنمية وتوفير أسباب التقدم والأزدهار لدول العالم الحديث وبصفة خاصة للدول العربية وغيرها من الدول النامية .

لهذا فقد رأيت أن أعد هذا البحث للنشر بغية تحقيق هدفين :

الأول أن تزيد الأمر إيضاحاً فيما يتعلق بالتعريف بعلم التنظيم (١) وفيما يتعلق بتحديد العلاقة بين علم التنظيم وباقى العلوم التى تبحث فى موضوع الإدارة العلمية .

الثانى أن نوضح الحقيقة فى شأن وحدة أو تعدد هذه العلوم .

- ١ -

مظاهر تعدد العلوم التى تبحث فى موضوع الإدارة العلمية
فى أمريكا يجد الباحث فى موضوع الإدارة العلمية أمامه طائفتين من المؤلفات العلمية :

(١) راجع لنا البحث السابق الإشارة إليه فى موضوع الإصلاح الإدارى المنشور بمجلة القضاء سنة الثالثة والمشرون - العدد الأول .

الأولى تحمل عنوان «الإدارة العامة» (1) public Administration
والثانية تحمل عنوان «الإدارة العلمية» (2) Scientific Management

وفي فرنسا يجد الباحث أماله كذلك نوعين من المؤلفات :

الأولى تحمل عنوان «التنظيم» (3) Organisation أو تتحدث عن علم
التنظيم Science de L'organisation دون أن يكون اسم العلم ظاهراً
في عنوان الكتاب (4) :

والثانية تحمل عنوان العلم الإداري أو علم الإدارة (5) Science administrative.

وفي سويسرا وفي جامعة جنيف بالذات القى Pasdermadjian
دروسه في علم التنظيم ونشرها بعد ذلك سنة ١٩٤٧ في كتابه السابق الإشارة
إليه .

وقد كان لتعدد المؤلفات التي تبحث في موضوع الإدارة العلمية في

(١) المؤلفات التي تحمل هذا الاسم عديدة في أمريكا نذكر منها حل سبيل المثال :

Leonard white : Introduction to the study of public admni-
stration 4th ed 1954.

(٢) أنظر كتاب Taylor مؤسس علم التنظيم بعنوان :

Principles of Scientific management 1947

(٣) أنظر :

Chevalier (jean) : Organisation 8eme ed. 1953,

Gaudriault : L'organisation des Travaux adminestatifs 1949

Baratin : Organisation et Methodes dans L'admiditration
publique 1963.

Pasdermadjian : Le gouvernement des grandes organisations
1947.

(٤) أنظر المراجع السابق الإشارة إليها .

Traite de science administrative 1966

(٥)

اشترك في تأليفه جبهة من العلماء للفرنسيين ، وأنظر أيضاً :

Roland Prago : Cours de science Adminidistrative 1966—1967

أوروبا وأمريكا ، وتعدد العلوم التي صغت باسمها هذه المؤلفات أثر ظاهر في المؤلفات التي نشرت في مصر في موضوع الإدارة .

فقد نشرت مؤلفات في هذا الموضوع تحت عنوان «مبادئ الإدارة العامة» (١) و«الإدارة العامة» (٢) تناولت موضوع الإدارة وفقاً للنهج الذي إتبعه العلماء الأمريكيون في مؤلفاتهم في علم الإدارة العامة .

ومن ناحية أخرى نشرت بحوث والقيت دروس في جامعة الاسكندرية تناولت بالدراسة مبادئ وقوانين علم التنظيم وصلاحياتها للتطبيق في الأجهزة الحكومية والإدارية (٣) .

وهذا التعدد الظاهر في العلوم التي تبحث في موضوع الإدارة يثير التساؤل حول دلالة هذا التعدد ؟ هل نحن حقاً أمام علوم مختلفة متعددة أم اننا أمام علم واحد له صور مختلفة .

وفي محاولة لجلاء الحقيقة في هذا الموضوع نعرض في الفقرة التالية للحقائق الثابتة فيما يتعلق بموضوعات البحث والأساس الذي يقوم عليه البحث في كل علم من العلوم السابق الإشارة إليها ثم نعرض في الفقرة الختامية جواباً على التساؤل الذي أثيرناه حول وحدة أو تعدد العلم الذي يبحث في موضوع الإدارة العلمية .

(١) الدكتور سليمان الماروي مبادئ علم الإدارة العامة ١٩٦٠ .

(٢) الدكتور أبو بكر القبانى : الإدارة العامة ١٩٦٨ .

(٣) أنظر لنا درس «الإدارة العامة والإدارة المحلية» ١٩٦٨ - ١٩٩٩ «كلية الحقوق جامعة الاسكندرية» .

وأنظر أيضاً ثلاثة بحوث نشرت بمجلة العلوم الادارية موضوعها حل التوال «الاصلاح الاداري في ضوء مبادئ علم التنظيم» ، «سلطة القيادة وتنظيمها في ضوء مبادئ علم التنظيم» «تنظيم سلطة القيادة في الجمهورية العربية المتحدة» .

وأنظر كذلك البحث المقدم لـ مؤتمر العرب الرابع للعلوم الادارية وسبقت الإشارة اليه في انتميه لهذا البحث .

تحديد موضوعات البحث والأساس الذى يقوم عليه البحث فى علوم الادارة السابق الاشارة اليها

ثمة حقائق ثابتة فيما يتعلق بتحديد موضوعات البحث التى تناولتها العلوم السابق الاشارة اليها والأساس الذى يقوم عليه البحث فى كل هذه العلوم نعتقد انه يمكن فى ضوءها التوصل الى اجابة صحيحة على التساؤل الذى أثيرناه ونعرض لبيان هذه الحقائق فيما يلى :

١ - لاختلاف بين العلماء فى أن علم التنظيم أو علم الادارة أو علم الادارة العامة - أيا كان الاسم الذى يطلق عليه وسواء اعتبرنا هذه العلوم علماً واحداً أو علوماً متعددة - هو فى كل الأحوال علم تجريبي *experimentale* أساسه الملاحظة والملاحظة والتجربة واستنباط الحلول والمبادئ والقوانين التى توصل اليها الملاحظة والملاحظة والتجربة (١) .

٢ - لاختلاف بين العلماء كذلك فى أن موضوع كل من علم التنظيم أو علم الادارة (٢) أو علم الادارة العامة شيء واحد هو «الادارة» أو بعبارة أدق «الواقعة الادارية» *fait administratif* أو عملية الادارة ذاتها .

وفى هذا يقوم Roland Drago فى دروس علم الادارة *cours de science administrative* (٣) ان علم الادارة هو علم اجتماعي *science sociale* يطبق على الادارة *l'administration* ، وان الادارة حدث أو ظاهرة

(١) Drago : Cours de science administrative 1966—67 P 3
et 4; Traite de science administrative 1966 P 80

رأى أيضاً Paudermadjian المرجع السابق بالنسبة لعلم التنظيم .

(٢) فضلنا أن نستخدم هذا الاصطلاح فى ترجمة *Science administrative*

(٣) دروس لطلبة السنة الرابعة لكلية الحقوق بجامعة باريس فى العام الجامعي

١٩٦٦ - ١٩٦٧ .

une donnée, un phénomène واستنباط القوانين الاجتماعية المتعلقة بها (١) .

وفي نفس المعنى يقول Pierre Bandet & Lucien Mehl ان موضوع علم الإدارة هو دراسة الواقعة الإدارية le fait administratif وان الواقعة الإدارية هي نشاط activité يرمى لتحقيق أهداف اجتماعية معينة ، ويمارس في اطار خاص أو نطاق خاص cadre مادي ومعنوي في نفس الوقت (٢) .

ويعرف هذا أن العالمان الإدارة بمعناها الضيق بأنها جمع وسائل ووضعها موضع التنفيذ بغية الوصول لنتيجة معينة (٣) .

ويقول Leonard white في كتابه introduction to the study of public administration ان الإدارة العامة تتكون من كل العمليات operations التي تهدف لانجاز وتنفيذ السياسة العامة .

ويقول أيضاً ان الإدارة هي رقابة وتنسيق وتوجيه اشخاص عديدين نحو تحقيق بعض الأغراض ، وان المدير Administrator — على هذا الأساس — هو الشخص الذي يوجه وينسق ويراقب نشاط الآخرين (٤) .

ويرى العلماء الذين توفروا على دراسة علم التنظيم ان التنظيم هو عملية

(١) Drago المرجع السابق ص ٣ ، ٤ .

(٢) Une activite tendant a atteindre certains objectifs sociaux et s'exercant dans un cadre particulier (Traité de science administrative 1966 P. 80) .

(٣) Une mist en oeuvre, une combinaison de moyens pour aboutir a un resultat donné”

(المرجع السابق ص ٨٢) .

“One who directs, coordinates and controls the activity (٤) of others” .

(المرجع السابق ص ٢) .

ترتيب وتنظيم وتشغيل (١) وأن موضوع هذا العلم هو إدارة المشروعات العامة والخاصة واستخدام الأسلوب التجريبي في إدارة هذه المشروعات وتوجيه سير العمل في المصانع (٢) .

٣ - أن علم التنظيم نشأ أصلاً في محيط الصناعات الخاصة ، وأن مبادئه وقوانينه والأساليب العلمية التي ابتكرها استهدفت أصلاً النهوض بالصناعات الخاصة وتحسين أساليب العمل فيها .

غير أنه يلاحظ مع ذلك أن مؤسسي هذا العلم Taylor في أمريكا ، Fayol في فرنسا قد أعلنوا وأكدوا أن المبادئ والقوانين والأساليب العلمية التي توصلوا إليها صالحة للتطبيق أيضاً بالنسبة للدولة والأجهزة الحكومية بوجه عام (٣) وقد قام بعض علماء التنظيم فعلاً بتطبيق مبادئ وقوانين علم التنظيم في تنظيم الدولة والجهاز الحكومي بوجه عام تنظيمياً علمياً . وقد جعل بعض هؤلاء العلماء موضوع البحث في مؤلفاتهم تنظيم أجهزة الدولة وفقاً لمبادئ علم التنظيم ، وجعل آخرون موضوع البحث في مؤلفاتهم التنظيم العلمي للأجهزة الحكومية وغير الحكومية وفقاً لمبادئ علم التنظيم .

نذكر من هؤلاء العلماء Pasdermajian في كتابه الذي نشره سنة ١٩٤٧ بعنوان : Le gouvernement des grandes organisations (٤) .

(١) "Le fait d'amenager, d'ordonner, d'agencer" (١)

(المرجع السابق ص ٩) .

(٢) يلاحظ أن بعض علماء التنظيم يستعملون اصطلاح حكومة المشروعات بدلاً من اصطلاح إدارة المشروعات . انظر في ذلك مؤلف chevalier وعنوانه :

"Organisation 1953 Tome 1." Gouvernement de l'entreprise.

وانظر أيضاً كتاب Pasdermajian وعنوانه : Gouvernements des grandes organisations. ويبدو أن اصطلاح حكومة أوسع دلالة من اصطلاح إدارة وأنه يشمل الوظيفة الإدارية بمحتاها الواسع ويستعمل في نطاقها أعمال التمويل والصيانة والأمن الخ .

(٣) أشرنا لأقوال هذين العالمين في البحث الذي قمنا به لمؤتمر الفرع الرابع للعلوم الإدارية المنشور بمجلة القضاء العدد الأول السنة الثالثة والعشرون .

(٤) هذا الكتاب عبارة عن تكملة وتطوير للدروس التي ألقاها المؤلف بجامعة جنيف بسويسرا سنة ١٩٣٥-١٩٣٦ وموضوعها تنظيم الإدارات الكبرى العامة والخاصة .

وقد كشف المؤلف في خاتمة كتابه عن الصلة بين البحوث والدراسات التي نشرها في هذا الكتاب وبين مبادئ علم التنظيم التي ابتكرها Taylor (١) بقوله إن المبادئ التي عرضها (في كتابه) هي صورة من المبادئ التي ابتكرها Taylor لتنظيم العمل منذ نحو خمسين سنة بعد اعدادها لكي تطبق في نطاق الإدارات والمشروعات الكبرى (٢).

ونذكر هؤلاء العلماء أيضاً H. L. Baratin في كتابه عن التنظيم وطرائق العمل في الإدارة العامة (٣).

فقد خصص المؤلف أول فصل من فصول هذا الكتاب للكلام عن ماهية وحلول التنظيم الإداري (٤). ونحلت في هذا الفصل عن الحاجة للإصلاح في نطاق الإدارة العامة (٥).

وفي معرض الكلام عن الإصلاح أشار المؤلف إلى التنظيم الإداري *l'organisation administrative* باعتباره علاجاً لعيوب الجهاز الإداري نشأ في محيط القطاع الخاص (٦).

وبتين من افاضة المؤلف بعد ذلك في شرح دور كل من Taylor ، Fayol في انشاء مبادئ وقوانين التنظيم الإداري الذي أشار إليه انه انما يقصد بعبارة «التنظيم الإداري» مبادئ وقوانين علم التنظيم التي ابتكرها Fayol ، Taylor (٧).

(١) مؤسس علم التنظيم في أمريكا .

Une adaptation, au domaine du gouvernement des grandes (٢)
administrations et entreprises, des principes que Taylor a enoncés
(المرجع السابق ص ٢٤٦).

(٣) المرجع السابق .

“portee et limites de l'organisation administraive” P.12 (٤)

“Necessité de reformes dans l'administration publique” (٥)
(P. 13).

“un remède né du secteur privé” (٦)

(٧) المرجع السابق ص ٢٨ .

٤ - إن العلماء الذين توفروا على دراسة علم الإدارة (١) واستنباط مبادئه وقوانينه يقصرون هذه الدراسة على الدولة والأجهزة الحكومية . بمعنى أنهم يقصرون بحوثهم ودراساتهم على المبادئ والقوانين التي تطبق في الأجهزة الحكومية دون غيرها .

وقد يفهم من هذا أن علم الإدارة Science administrative هو علم خاص بتنظيم الدولة وأنه على هذا الأساس يختلف (له ذاتية متميزة) عن علم التنظيم .

ولكن الحقيقة أن العلماء الذين توفروا على دراسة علم الإدارة يعرفون صراحة بأهمية مبادئ علم التنظيم بالنسبة للجهاز الإداري في الدولة ، كما يعرفون بأن علم الإدارة ليس علماً مستقلاً عن علم التنظيم ، وأن علم التنظيم جزء ، بل جزء هام من علم الإدارة تطبق مبادئه وقوانينه في تنظيم الدولة .

وفي هذا يقول Roland Drago في دروسه في علم الإدارة :

«إن الإدارة العامة في كل الدول هي بدون شك أهم المشروعات ، ومن الطبيعي أن تطبق بشأنها أساليب البحث والقوانين والحلول العملية التي توصل إليها علوم التنظيم (٢) .

ويقول كذلك أن علوم التنظيم Les sciences de l'organisation تكون اليوم جزءاً هاماً من علم الإدارة une partie considerable de la science administrative .

(١) سبق القول بأننا نفهم استعمال اصطلاح علم الإدارة في ترجمة

Science administrative

«Dans tous les etats l'administration publique est evidement (٢) l'entreprise la plus importante et il est normal qu'on lui applique les methodes de recherche, les lois et les solution pratiques apportees par les sciences de L'organisation».

(٢) المرجع السابق ص ١١ .

ويقول Pierre Bandet & Lucien Mehl ان الفكرة الأساسية بالنسبة
للادارة هي قبل كل شيء فكرة التنظيم (١) .

٥ - ان أمريكا لا تعرف التفرقة بين المشروعات العامة (الحكومية)
والمشروعات الخاصة بنفس الصورة وبنفس الدرجة التي عرفت بها هذه
التفرقة في فرنسا .

ذلك لأنه يوجد في فرنسا (والدول التي نهجت نهجها) قانون ادارى
مستقل عن القانون العادى يحكم السلطات الادارية في علاقتها بالأفراد والجماعات
الخاصة ، وليس لمثل هذا القانون وجود في أمريكا (وانجلترا) حيث تخضع
الدولة والأشخاص الادارية لنفس القانون الذى يخضع له الأفراد والجماعات
الخاصة .

كذلك لا تفرق أمريكا - فيما يتعلق بالادارة والتنظيم - بين الدولة
والمشروعات الخاصة ، وانما تطبق في الناحيتين مبادئ وقوانين علم التنظيم
التي نشأت في محيط الصناعات الخاصة .

ومن هنا نشأ الاختلاف بين علم الادارة العامة Public administration
في أمريكا ، وعلم الادارة Science administrative في فرنسا .

ذلك لأن علم الادارة العامة يختلف عن علم الادارة من ناحيتين :
الأولى - ان بحوثه ودراساته وما يتوصل اليه الباحثون فيه من مبادئ
وقوانين وان كانت تبدو في الظاهر وكأنها بحوث ودراسات مستقلة خاصة
بالأجهزة الادارية في الدولة دون المشروعات الخاصة ، إلا أنها في الحقيقة

(١) "L'idée dominante est avant tout l'idée d'organisation"

(Traité de science administrative المرجع السابق ص ٨٢).

والواقع تشمل مبادئ وقوانين علم التنظيم التي نشأت أصلاً في محيط الصناعات الخاصة (١).

فاذا رجعنا مثلاً إلى مؤلف L. White في علم الإدارة العامة (٢) نجد - في معرض تحديد طبيعة الإدارة - لا يفرق بين الإدارة في نطاق الدولة ، والإدارة في نطاق المشروعات الخاصة ، وإنما يضع تعريفاً واحداً للإدارة يشمل جميع أوجه النشاط العام والخاص دون تفرقة .

فهو يقول ان الإدارة عملية مشتركة بالنسبة لكل الجهود الجماعية (٣) . ويقول أيضاً أن فن الإدارة هو تنسيق ورقابة وتوجيه اشخاص بقصد تحقيق أغراض معينة . وأن المدير هو الذي يوجه وينسق ويراقب نشاط الآخرين وأنه يوجد مديرون في كل أوجه النشاط الانساني باستثناء النشاط الذي يقوم به فرد واحد (٤) .

الثانية - ومن ناحية ثانية يختلف علم الإدارة العامة عن علم الإدارة من حيث المضمون : فبينما يقتصر مضمون علم الإدارة على المسائل والبحوث التنظيمية ، فإن علم الإدارة العامة يشمل بحوثاً ودراسات تنظيمية وبحوثاً ودراسات قانونية .

(١) في هذا المعنى يقول R. Dvago في تعليقه عل مؤلفات علم الإدارة العامة في أمريكا «أن الرابطة الوثيقة بين البحوث المتعلقة بالإدارة العامة وتلك المتعلقة بالإدارة الخاصة قد أهدمت من الانعكاس فكرة النفع العام التي يجب أن تستهدفها أبحاث علم الإدارة وجعلت من هذا العلم (علم الإدارة العامة) في أغلب الأحيان مجرد علم تنظيم » . (المرجع السابق ص ٢٦) .

(٢) (المرجع السابق) .

(٣) "Admidistration is a parocess common to all group efforts" (٢)

(المرجع السابق ١)

"There are administrators in all human activifies except those (١) capable to be executed by one person (P. 2)

ويرجع سبب هذا الاختلاف إلى عدم وجود قانون إداري مستقل عن القانون العادي في أمريكا كما هو الحال في فرنسا والدول نهجت نهجها (١).

٦ - أن بحوث وفكرات علم التنظيم تتناول الوظيفة الإدارية بمعناها الواسع وهي تشمل رسم وتحديد السياسة الإدارية للمشروع وتنفيذ هذه السياسة (٢).

وهذا على عكس الحال بالنسبة لعلم الإدارة أو علم الإدارة العامة ، فإنه يبدو أن دائرة بحثها ودراستها تقتصر على الوظيفة الإدارية بمعناها الضيق أي الأعمال المتعلقة بتنفيذ سياسة الدولة دون تلك المتعلقة برسم وتحديد السياسة ذاتها (٣).

(١) في هذا المعنى يقول المستشار H. Puget في تقديم كتاب : R. Gaudriault L'organisation des Travaux administratifs «إن الدول الأنجلوسكسونية لم تكن إلى حد قريب تتعرف بوجود قانون إداري مستقل وكانت إدارتها الحكومية لا تكاد تختلف - نظريا على الأقل - من إدارات المشروعات الكبرى الصناعية والتجارية. (المراجع السابق ص ٥).

(٢) لهذا السبب يلاحظ أن بعض علماء التنظيم الذين يكتبون باللغة الفرنسية يستعملون اصطلاح حكومة **gouvernement** بدل من اصطلاح إدارة **Administration** فيقولون حكومة المشروعات بدلا من إدارة المشروعات ويشمل البعض الآخر اصطلاح **Organisation** في نفس المعنى .

أما علماء التنظيم الذين يكتبون باللغة الإنجليزية فيستعملون اصطلاح **management** على أساس أن هذا الاصطلاح في اللغة الإنجليزية له معنى أوسع من اصطلاح إدارة **administration** لأنه يشمل عمليات رسم السياسة وتنفيذها .

ويبدو أنه لا يوجد في اللغة الفرنسية لفظ يقابل لفظ **management** يؤدي نفس المعنى ولهذا السبب يستعمل في اللغة الفرنسية اصطلاح **Organisation** (تنظيم أو اصطلاح **gouvernement** (حكومة) ليرد معنى الاصطلاح الإنجليزي **management** .

(أنظر الأستاذ كمال دسوقي في التصدير الذي قدم به الترجمة العربية لكتاب لنورل أورفيك التي اصدها الأستاذ علي حامد بكر بعنوان « عناصر الإدارة » وطبعت سنة ١٩٦٥)

(٤) أنظر المراجع السابق ذكرها .

علم واحد أم علوم مختلفة متعددة

في ضوء الحقائق الثابتة التي عرضناها فيما تقدم يمكن القول بأن علم التنظيم وعلم الإدارة وعلم الإدارة العامة هي في جوهرها علم واحد موضوعه الأساسي واحد .

هذا العلم له صور متعددة تختلف باختلاف مجال تطبيقه .
فعلم التنظيم نشأ في محيط الصناعات الخاصة لكنه كان منذ نشأته صالحاً للتطبيق بالنسبة للدولة والأجهزة الحكومية بوجه عام .
ولهذا السبب تقدمت بحوثه ودراساته منذ انشائه في خطوات سريعة وامتد نطاق تطبيقه إلى الدولة .
غير أنه يبدو أن هذا العلم في تطبيقه على الدولة أخذ صورة تختلف عن صورته الأصلية . وذلك لسببين :

الأول : أن تكوين الدولة يختلف عن تكوين المشروعات الخاصة .
فبالنسبة للمشروعات الخاصة يجتمع حق القيام بجميع الأعمال وأوجه النشاط التي يتطلبها المشروع في يد واحدة هي يد صاحب المشروع الذي يكون له بهذه الصفة حق تحديد أهداف المشروع ورسم سياسته وتحديد برامج العمل والقيام بكل أعمال الإدارة والتنفيذ .

أما بالنسبة للدولة فإنه توجد سلطتان متميزتان . سلطة تختص بتحديد الأهداف ورسم السياسة العامة للدولة ، وسلطة أو سلطات إدارية تتولى الإدارة والتنفيذ .

والثاني - والسبب الثاني لاختلاف صورة علم الإدارة عن صورة علم التنظيم أن الهدف الذي تنهيه الدولة في مباشرة نشاطها يختلف عن الهدف الذي يرمى لتحقيقه صاحب المشروع الخاص . لأن الدولة كما هو معروف تعمل للمصلحة العامة بينما يعمل المشروع الخاص لتحقيق الربح لصاحب المشروع بصفة خاصة .

ولغذين السنين ظهرت في فرنسا صورة مختلفة للعلم الذى يبحث في موضوع الادارة وهى صورة علم الادارة .

وأهم ما يميز هذه الصورة أن العلماء قصرُوا بحوثهم ودراساتهم في علم الادارة على السلطة الادارية أو السلطات الادارية وحدها دون السلطة المختصة برسم السياسة وتحديد الأهداف وهى الحكومة .

كذلك تميزت بحوث ودراسات علم الادارة العامة بأنها اقتصرت على الوظيفة الادارية بمعناها الضيق أى على الوظيفة التى تباشرها السلطات الادارية فى الدولة بمعنى أنها لا تشمل الأعمال المتعلقة بتحديد الأهداف ورسم السياسة العامة وهى التى تتولاها الحكومة .

وفى اعتقادنا أنه لا يجوز قصر دراساتنا فى موضوع الادارة العلمية على السلطة الادارية وحدها وإنما يجب أن تشمل هذه الدراسة أيضاً السلطة التى تجدد الأهداف وترسم السياسة العامة للدولة وهى الحكومة .

وقد عرضنا وجهة نظرنا فى هذا الشأن فى اجتماع لجنة الاصلاح الادارى التى عقدت منذ أكثر من سنتين بمقر الجهاز المركزى للتنظيم والادارة برئاسة السيد رئيس الجهاز . وقلنا فى شرح رأينا أن البحث فى الاصلاح الادارى يجب أن لا يقتصر على الجهاز الادارى (الادارة) وإنما يجب أن يتناول أيضاً الجهاز الحكوى أى الحكومة بوصفها سلطة قيادة بالنسبة للسلطات الادارية . وعلى سبيل المثال ذكرنا ان البحث فى الاصلاح الادارى يجب أن يتناول الوزارات من حيث عددها ووظيفتها واختصاصاتها فضلاً عن تنظيمها الداخلى .

وقد ظهر وقتها ان جو الاجتماع لم يكن ممهداً لقبول هذا النظر .

غير أنه يبدو الآن أن وجهة نظرنا فى هذا الشأن لقيت بعض التأييد .

فقد نشرت مجلة الادارة أخيراً (١) بحثاً للسيد المهندس حلمى السعيد

(١) العدد الرابع . أبريل سنة ١٩٧٠ .

رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والادارة (١) تحت عنوان «التنظيم الأعلى للدولة في الجمهورية العربية المتحدة» اشار فيه للجهاز الحكومي وحجمه وتكلم فيه صراحة عن مشكلة التضخم في حجم هذا الجهاز (الحكوى) بقوله «وتأتى في مقدمة هذه المشكلات ظاهرة التضخم في حجم الجهاز الحكومي . فند سنة ١٩٥٢ حتى الآن زاد عدد الوزارات من ١٥ إلى ٢٨ وزارة ، وزاد عدد الهيئات العامة من ثلاث هيئات إلى ما يجاوز ٤٠ هيئة . بالإضافة إلى ٤٦ مؤسسة عامة يتبعها ٣٧٢ شركة ، ٢٥ محافظة يتبعها عدد من مجالس المدن والمجالس القروية» (٢).

وواضح من هذا الكلام ان السيد المهندس حلمي السعيد يرى ان مثل هذه الموضوعات المتعلقة بتنظيم الحكومة يجب أن تكون موضع دراسة العلماء والباحثين في تنظيم الدولة .

وفي رأينا أن مبادئ وقوانين علم التنظيم تعتبر أساساً صالحاً يمكن الاعتماد عليه في تحقيق الإصلاح الإداري في الدول العربية لا بالنسبة لأجهزة الادارة التنفيذية فقط ، وانما بالنسبة للحكومة أيضاً (٣) على أساس أن الحكومة هي في الحقيقة سلطة قيادة بالنسبة للسلطة الادارية لأنها هي المختصة برسم السياسة وتحديد البرامج التي يعهد للسلطة الادارية بتنفيذها ولأنها هي المختصة كذلك بمراقبة ومتابعة تنفيذ السياسة العامة بواسطة السلطة الادارية .

وفي اعتقادنا ان الاقتصار على اصلاح أجهزة الادارة التنفيذية في الدولة دون اصلاح أجهزة الحكومة يعتبر اصلاحاً مبتوراً لا يحقق الأهداف التي ينشدها المطالبون بالاصلاح .

(١) الآن مستشار السيد رئيس الجمهورية

(٢) مجله الإدارة العدد الرابع . أبريل سنة ١٩٧٠ ص ٢٠ .

(٣) أنظر في تأييد الرأي القائل بوجوب الاستماتة بمبادئ وقوانين علم التنظيم في اصلاح الحكومة أيضا :

Dubois Richard : L'organisation technique de l'état 1932

Pasdermajian : Le gouvernement des grandes organisations.

قاعدة إلزامية السابقة القضائية وأفولها فى القانون الانجلىزى الحديث

للدكتور برهام محمد عطا الله

مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية
والأستاذ بكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية بجامعة الجزائر

مقدمة :

القسم الأول : النظرة التقليدية الى قاعدة الزامية السابقة القضائية .

الفرع الأول : مضمون القاعدة .

الفرع الثانى : الاعتبارات التى ساعدت على تأكيدها .

الفرع الثالث : الأساس النظرى للقاعدة .

خاتمة : أنصار الأساس النظرى وظهور حيوب القاعدة .

القسم الثانى : الاتجاهات الحديثة والحد من طلاقية القاعدة .

الفرع الأول : الوسائل الفنية التى استخدمت لتخفيف من حلاقية الإلزام
بالسوابق القضائية .

أولا - وسيلة التفريد أو التمييز .

ثانيا - الاستثنائات الصريحة .

الفرع الثانى : إعلان ١٩٦٦ والطول الصريح من الإلزام بالسوابق القضائية .

أولا - الأسباب المباشرة للإعلان

ثانيا - المشكلات الدستورية التى يشهدها .

ثالثا - آثار الإعلان ونطاق أعماله .

يمر القانون الانجليزي (١) حالياً بفترة من التحول والتطور ليس من المغالاة مقارنة بفترة الإصلاح القضائي التي عاشتها إنجلترا في الربع الأخير من القرن الماضي تحت تأثير كتابات بنتام (٢) .

ولعل أهم مظهر من مظاهر هذا التطور هو العلول عن اتباع قاعدة الزامية السابقة القضائية absolute Precedent أو ما يطلق عليها عموماً قاعدة Stare Decisis . وقد تم هذا العلول بأن أصدر مجلس اللوردات House of Lords باعتباره أعلى هيئة قضائية في إنجلترا، اعلاناً خاصاً في ٢٦ يوليو ١٩٦٦، أوضح فيه عزمه على الخروج على ما كان يجري عليه من الالتزام بما سبق أن قرره من سوابق قضائية في الماضي وأنه سيرجع عن المبادئ التي يكون قد سبق له تأكيدها إذا بدى أنه من الخير العلول عن هذه المبادئ (٣) .

(١) سنقصر دراستنا على القانون الإنجليزي المطبق في إنجلترا England ولن نتعرض لجميع الأنظمة المطبقة في المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية ، وبالتالي فلن نتعرض للنظام القانوني الإسكتلندي والنظام القانوني الايرلندي . أنظر في الحدود الجغرافية للملكة المتحدة (التي تكون وحدة سياسية دولية) ، ومدى تماثل هذه الحدود وحدود إنجلترا من ناحية وبريطانيا العظمى من ناحية أخرى والتي لا تعتبر أى منهما دولة في مجال القانون الدولي العام : Robert E. Kirkpatrick, *Initiation au droit Anglais*, Bruxelles. 1964 p. 9. وهذا الفصل يعبره أن دراسة النظامين الايرلندي والإسكتلندي تتطلب تخصصاً معيناً لم نهيأ له من ناحية ومن ناحية أخرى نجد أن التشابه بين النظام الايرلندي والنظام الإنجليزي يقلل من ضرورة للنظام بدراسة خاصة للنظام السائد في أيرلندا الشمالية؛ كما أن الاختلاف الجوهرى في الهيكل وفي وسائل الصياغة الفنية بين النظامين الإنجليزي والإسكتلندي يجعل من غير الجمل عرض مقارنة بينهما نظراً لتأثير النظام الأخير كثيراً بالقانون الرومانى . أنظر المرجع السابق الإشارة اليه .

(٢) أنظر :

Norman S. Marsh, *La réforme du Droit en Grande-Bretagne; Quelques Developpements récents*, *Revue internationale, de Droit comparé*, 1969. pp. 486 — 497.

(٣) هذا هو نص الاعلان الذى قرأه لورد Gardiner وزير العدل ، رئيس مجلس اللوردات =

وهذا القرار رغم أنه يمثل انقلاباً حقيقياً من الناحية القانونية، لا يعتبر طفرة في النظام الانجليزي؛ بل يعتبر نهاية منطقية لتطور القضاء الانجليزي؛ بدأ الاحساس به بعد الحرب العالمية الثانية وجذب الأنظار اليه في بداية الستينات في هذا القرن (١). ذلك أن القضاء الانجليزي أضطر تحت تغير

== في ٢٦ يوليو ١٩٦٦ في حضرة الوردات القضاة

Viscount Dilhorne, Lord Reid. Lord Denning, Lord Parker of Waddington of Borth-y-Gest, Lord Hodson, Lord Pearce, Lord Upjohn Lord Morris and Wilherforce :

“Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its applications to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the future development of the law.

They propose therefore to modify their present practice and while treating former decisions of this House as normally binding to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law”.

وقد نشر هذا الإعلان في 1234 P. 1, *The Weekly Law Reports* (1966)

وكذلك تضمنه مقال

A.L.G., “The abolition of absolute Precedents, in the House of Lords,” in *Law Quarterly Review*, Vol. 82, 1966 p. 441.

وأظهر ترجمة فرنسية لهذا الإعلان في مقال

Gerard Dworkin, un adoucissement de la théorie de Stare decisis à la Chambre des Lords, *Revue Internationale de droit comparé*. 1967, p. 190.

(١) أنظر مقال Dworkin السابق الإشارة اليه ص ١٩٥ .

الظروف الاجتماعية والاقتصادية والفكرية والسياسية ، التي تعرضت لها إنجلترا كغيرها من الدول الصناعية المتقدمة (١) ، إلى التخفيف من وطأة قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية ؛ بالتضييق من مجال اعمالها : بتقرير استثناءات صريحة لا تطبق فيها القاعدة أو بمحاولة الافلات من الزامية السوابق القضائية باستخدام وسيلة التفريد أو التمييز Distinction كما سرى . وقد سار القضاء الانجليزي في هذا السبيل شوطاً كبيراً لدرجة أن إحدى الدراسات القانونية الجيدة التي نشرت قبل صدور اعلان ٢٦ يوليو ١٩٦٦ بثلاثة أشهر (٢) انتهت إلى أنه يمكن القول بأن مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف في إنجلترا لم يعودا ملزمين بصفة مطلقة باحكامهما السابقة . لذا كان صدور هذا الاعلان مجرد تأكيد لظاهرة افول السابقة القضائية الملزمة ، تلك الظاهرة التي بدأت مع تقلد بعض القضاة الانجليز لمناصبهم والذين استطاعوا حينما وصلوا إلى قمة الجهاز القضائي (٣) أن يفرضوا رأيهم ويعلنونه صراحة حينما تبنوا من المساوىء التي قد تترتب على الالتزام المطلق بالسوابق القضائية .

ودراسة الأثر العميق لهذا الاعلان تقتضي أن نتعرف على الكيفية التي كان يتم بها اعمال القاعدة والتكوين التاريخي لها وأن نستقصى الاعتبارات العملية والنظرية التي سهلت اعمال تلك القاعدة التي يعتبرها فقهاء القانون المقارن إحدى العلامات المميزة للنظام الانجلو أمريكي .

ودراسة هذه النقاط ستكشف أمامنا بعض الحقائق وتتيح لنا

(١) أنظر حول هذا التطور تحليلاً جيداً من الدلائل المجتمع الانجليزي

Antony Sampson, *Anatomie de l'Angleterre*, Traduit de l'Anglais, Paris. 1963.

(٢) أنظر :

Cross, "Stare Decisis in contemporary England" *Law Quarterly Review*, Vol. 82. 1966 (Nº. april) pp 203-214.

(٣) نفصده الإشارة إلى شخصيتين رئيسيتين في الجهاز القضائي الانجليزي هما Lord Denning و Lord Reid والتي سيذكر تاريخ القانون أنها لعبا دوراً في تطوير القانون الانجليزي لا يقل عن الدور الذي قام به Blackstone أنظر لاحقاً الفرع الأخير من القسم الثاني .

أن نميز بين قاعدتين يغلب الخلط بينهما، أولاهما تتعلق بقدرة القضاء على خلق القواعد القانونية وملى اعتباره مصلراً من مصادر القانون، وثانيها وهى موضوع دراستنا تتعلق بمدى التزام المحاكم بالسوابق القضائية التى سبق لها إصدارها . وسيظهر لنا أن وجود هاتين القاعدتين على وجه التلازم فى نظام قانونى معين ليس ضرورياً وطبيعياً كما قد يظن بل انهما قاعدتان متافرتان وإذا تأكدت احدهما فى نظام قانونى فلا يمكن أن يكون للأخرى وجود ، بل سنرى أن الأقول الذى لحن قاعدة الزامية السابقة القضائية يرجع فى أحد أسبابه إلى التأكيد المتزايد على قدرة القضاء على خلق القواعد القانونية (١) .

لإزاء نقص الدراسات العربية المتخصصة حول موضوع السابقة القضائية فى القانون الانجليزى فإننا سنضطر لتخصيص القسم الأول من هذه الدراسة لمرص النظرية التقليدية لهذه القاعدة على أن نخصص القسم الثانى للمحاولات المختلفة التى اتبعت للحد من إطلاقية هذه القاعدة

(١) أنظر فى قدرة القضاء على خلق القواعد القانونية فى النظام الانجليزى .

Walfgang Feiedmann, "Limits of Judicial Lawmaking and Prospective overruling," *The Modern Law Review* 1966, vol. 29 No. 6, pp. 593—604.

وهذا المؤلف يقرر يجب أن النقاش يجب أن يتجاوز مشكلة قدرة القضاء على خلق القاعدة القانونية إلى ما هو أكثر منها تعقيداً وحدادة وخاصة مشكلة حدود هذه القدرة .

القسم الأول

النظرة التقليدية لقاعدة الزامية السابقة القضائية

يقتضى عرضنا للنظرة التقليدية لقاعدة الزامية السابقة القضائية، أن نعرض لمضمونها، والاعتبارات العملية التي سهلت الأخذ بها، والأساس النظري الذي قامت عليه، مبينين في النهاية ضعف هذا الأساس ووجه واختفاء الاعتبارات العملية التي سهلت الأخذ به مما أدى إلى ظهور الانحيازات الحديثة التي أدت إلى أفول القاعدة وحدثت من اطلاقها .

وستكون دراستنا في هذا القسم مقسمة إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في مضمون القاعدة . الفرع الثاني في الاعتبارات العملية التي قامت عليها القاعدة . الفرع الثالث في الأساس النظري للقاعدة .

الفرع الأول

مضمون القاعدة

ستكون دراستنا لمضمون قاعدة الزامية السابقة القضائية بياناً للدلوها، ولتاريخ تقريرها، ونطاق تطبيقها .

(اولا) مدلول القاعدة (١) :

يمكن بطريقة عامة تحديد مدلول قاعدة الزامية السابقة القضائية، بالقول بأن الجهات القضائية المختصة بنظر نزاع معين، تكون مجبرة على اعطاء هذا

Salmond, Jurisprudence, London 1902, pp. 158—183; Paton, (١) A Text-Book of Jurisprudence oxford, pp. 179 — 195; Halsbury's Laws of England, vol XIX, P. 256 V^o judgments and orders; Marc Ancel, La Common Law d'Angleterre, Paris 1927, p. 154 et S., Levy-VLLmann, Le système juridique de l'Angleterre Paris 1928.

النزاع ، ذات الحل الذى أعطى فى الماضى لنزاع مشابه له ، ومقتضى ذلك أن المحاكم عندما ترفع أمامها دعوى معينة فإنها بعد أن تقوم بعملية تكييف وقائعها وتتجه إلى البحث عن القاعدة القانونية التى تحكم هذه الوقائع ، تلزم ، إذا وجدت أن المحاكم سبق أن عرض عليها دعوى تتفق وتكئف وقائع الدعوى المعروضة أمامها ، أن تعطى وقائع الدعوى المعروضة نفس الحل الذى طبق على وقائع الدعوى السابقة . هنا هو معنى القول بالزامية السابقة القضائية ، وسنعر فها بعد شروط لإعمال قاعدة الزامية السابقة القضائية ؛ ولكن يجب التنبيه منذ الآن إلى وجود نوعين من السوابق القضائية فى النظام الانجليزى يتصف نوع واحد منها بالزاميته .

فهناك ما يسمى بالسوابق القضائية الملزمة Binding Precedent وما يمكن أن نسميه بالسوابق القضائية الاستثنائية أو الهادية التى ترحمت أحياناً بالأحكام المرشدة (١) Persuasive Precedent .

فالسوابق القضائية الملزمة هى التى نشر فيها حين نورد اصطلاح السابقة القضائية مجرداً عن كل وصف ؛ هى التى لا انضكاك للمحاكم ولا سلطان لها ولا قدرة لها على الخروج عليها ، فى ظل النظرة التقليدية إذا توافرت شروطها .

أما السوابق القضائية الاستثنائية Persuasive Precedent فهى الأحكام التى ليس لها سوى قوة أدبية تبعاً لقدرتها على التأثير فى القضاة حين يتعرضون لحسم نزاع معين . فالمحاكم ليست ملزمة بالأخذ بما جاء فى هذه

(١) أنظر ترجمة الدكتور محمد لبيب شنب لكتاب المدخل إلى النظام القضائى فى الولايات المتحدة ، القاهرة ١٩٦٣ ص ٧٠ . وقارن الدكتور جلال العلوى - الأجير القانونى على المعاصرة رسالة جامعة الأسكندرية - ١٩٦٠ طبع سنة ١٩٦٥ ص ٢٧٠ حيث يتكلم عن المصادر القانونية الاتقاعية ويمكن أن نستمر هذا الوصف للأحكام فنكون بصد سوابق اتقاعية .

السوابق وان كانت تستطيع أن تستأنس بها وتتهلئ بها، حين يعرض عليها موضوع شبيه بالموضوع الذى صدرت بصدده السابقة القضائية الاستثنائية (١)

والسابقة القضائية تكون استثنائية حين لا تتوافر شروط إعطائها بالنسبة لمحال تطبيقها ؛ كأن صدرت السابقة من محكمة دنيا وبالتالى لاتلزم المحكمة الأعلى منها درجة ، أو كما هو الحال عندما لا يكون هناك تماثل تام بين الموضوع المنظور أمام المحكمة والموضوع الذى صدرت بصدده السابقة الاستثنائية . أو أن تكون القاعدة التى عبر عنها فى السابقة الاستثنائية قد وردت خارج موضوع الدعوى وذكرها أحد انقضاض بطريقة عابرة وهو يعرض للحلول الممكنة للدعوى المنظورة والتى يعبر عنها فقهاء القانون الانجليزى باصطلاح Obiter Dictum والذى يمكن ترجمته بالكلام العابر أو العرضى . وهو شيء كثير الحلوث فى الأحكام الانجليزية ويعرفه كل من تمرس على مطالعة اللوريات القضائية الانجليزية . وتمثل مهارة رجل القانون فى انجلترا فى قدرته على التمييز بين ما قيل فى الحكم بطريق عابر أو عارض وهو الجزء الذى يكون السابقة القضائية الاستثنائية والجزء الذى يتصل بموضوع الدعوى وهو الذى يكون السابقة القضائية الملزمة (١) وهذا ما ستراه بالتفصيل فيما بعد .

وترجع القوة الأدبية للسابقة الاستثنائية لشخصية القاضى الذى صدر عنه القول العارض أو العابر ومدى الشهرة التى يتمتع بها فى عالم القانون . وسنعرف فيما بعد كيف أن التمييز بين Obiter Dictum وبين منطوق الحكم ومرونة المعيار الذى اتخذ فى هذا السبيل كان أحد السبل الرئيسية

(١) انظر :

Hood Phillips (0.), *A First Book of English Law* :
London, 1960, P. 136.

Goodhart, *Le précédent en droit anglais*, in *Le probleme des sources du droit positif*, Archives philosophie, du droit, Paris 1934, pp. 44.

التي استخلت في سبيل التحلل من السابقة القضائية الملزمة نفسها الذي أدى في النهاية إلى أفول قاعدة الزامية السابقة القضائية (١) .

(ثانيا) تاريخ اعمال قاعدة الزامية السابقة القضائية

قد يبدو غريباً القول أن قاعدة الزامية السابقة القضائية ليست بقاعدة قديمة . وقد تزداد الدهشة إذا قلنا أنها لا ترجع إلى أبعد من القرن الماضي بل إلى السنوات الأخيرة منه . ذلك أن قاعدة الزامية السابقة القضائية لم تقر بطريقة صريحة إلا في سنة ١٨٩٨ حين عرضت على مجلس اللوردات أعلى هيئة قضائية في إنجلترا (٢) قضية شهيرة ثارت بين شركة ترام لندن

(١) أنظر لاحقاً .

(٢) مجلس اللوردات House of Lords هو أعلى جهة قضائية في إنجلترا (فيما عدا المجلس الخاص بالملكة Privy council الذي يتمتع بصلاحيات خاصة) . فإلى مجلس اللوردات ترفع جميع المعلن ضد أحكام المحاكم الأخرى حتى ولو كان يطلق على هذه المحاكم اسم المحكمة العليا Supreme Court أو المحكمة العلية High court (أنظر فيما بعد) والمعروف أن مجلس اللوردات هو التشكيل الثاني المكون للبرلمان الإنجليزي مع مجلس العموم House of commons . والأصل أن مجلس اللوردات ينظر بكامل هيئته في الطعون التي تقدم ضد أحكام المحاكم ، ولكن جرت العادة على أن أعضاء مجلس اللوردات غير القانونيين ينسحبون من الأجتماع حين تنتظر هذه الطعون وجرى العمل على تفصيل بعض القضايا الأكفاه ومنهم لقب « لورد » « لدى الحياة » و يكون توريث لمنصب حتى يستطيعون الجلوس في مجلس اللوردات وعلى هؤلاء القضاة اللوردات يقع عبء المهمة الموكولة لمجلس اللوردات باعتباره أعلى هيئة قضائية تماثل محكمة النقض من بعض الوجوه لا من جميعها . ويرأس اجتماع هؤلاء القضاة اللوردات ، « اللورد المستشار » LORD Chancellor الذي يعتبر هزمة الوصل بين السلطات الثلاثة في الدولة : أذ هو يشغل منصب رئيس مجلس اللوردات متنفذاً كهيئة تشريعية ويرأس مجلس اللوردات متنفذاً على هيئة قضائية باعتباره أعلى جهة قضائية في إنجلترا ، كما أنه يرأس الجهاز القضائي كله ويعتبر وزير العدل وعلى هذا فإنه عضو في مجلس الوزراء . وهذه الوظائف المتشعبة تجعل اللورد المستشار Lord Chancellor من أهم الشخصيات في المملكة المتحدة بعد الملكة وأفراد العائلة المالكة ويحصل على مرتبة يفوق مرتبة رئيس الوزراء ويأتي قبله في البروتوكول . أنظر

Jean Duhamel & J. Dill smith, *De Quelques piliers des Institutions Britaniques*, Paris, pp. 65 et 5. Spec. p. 67. note 1.

ويلاحظ أن اللورد المستشار يرأس أيضاً دائرة المستشارية بالمحكمة العلية . أنظر فيما بعد - وأنظر في وصف الجهاز القضائي الإنجليزي بالعربية أحد صفوت ، النظام القضائي في إنجلترا ، الطبعة الأولى القاهرة ١٩٢٣ .

والجس البلى لىه المىنة (١). قى رى طىن أمام مجلس اللورىاء ضى
 حىم من أىام مىكة الاسىناف و كان من المروف أن هلى الطىن اللى
 زكه مىكة الاسىناف لىس سوى طلىاً الى مجلس اللورىاء لللىل من
 بعض المباءىء اللى سىق له أن قروها فى أىام سابعىة. رىر أن المجلس قى
 بلىم اسىطاعته العلل عن المباءىء اللى سىق له أن قروها فى أىام سابعىة؛
 مقررأ أن هلى الاىزام بالسواىق القىضائىة بعىر مبدأ ملىقأ بالمصلهىة العامة (٢)

ولذا كانت قاعلىة الزامىة السابقىة القىضائىة لم تىأكى بصورىة صرىعىة
 الا فى سنة ١٨٩٨ الا أن ذلك لا بعىى أن هلى القاعلىة لم عمل بطرىقة
 ضمنىة قبل ذلك. فى الملىل أن بىكون القىضاء الانبلىزى قى اىرمها فى الماضى
 بطرىقةأو بأخرى الا أن مؤرخى القانون الانبلىزى لم بىقفوا على تارىخ معىن
 ملىن اعىباراه بىلابة لىطلىق فىل هلى القاعلىة وان كانت وصىة نظر رالىبىهم
 أنها لا رىرجع الى أبلى من القرن اللىاس عىشر (٢). وان رأى البعىض أنها

(١) London street Tramways Co. v. London County Council (1898) A.C. 375,
 Hood phillips, op. cit. p. 12 8.

(٢) وقى رىاء بأقوال لورى هالىزى .

“For my own part I am prepared to say that I adhere in terms to what has been said by lordCompilbell and assented to by Lord Wenslydols, Lord Cranworth, Lord Chelmsfore and others . That decision of this House after wards, and that it is impossible to raise that question again as it was res integra and could be reargued, and so the House he asked to reverse its own decision. That is a principle which has been I believe with out any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therfore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for council to argue a question which has been recently decided ”

أنظر : Dworking, un adoucissement de la théorie de stare Decisais, Rew. Inter. Dr. Comp. 187, p. 187 note 8.

(٢) أنظر :

Plunknett, A concise History of the common Law London,, 1936, p. 312; Kirkpatrick, Initiation au Droit anglais, Bruxelles, 1964, p.

ترجع إلى ما بعد الفتح النورماندى مباشرة واختار البعض الآخر الرأى القائل بارجاعها إلى القرن السابع عشر . والجلدير بالملاحظة أن مؤرخى القانون الانجليزى يربطون ويحق بين ظهور المجموعات التى تخصصت فى نشر الأحكام وبين القول ببداية ظهور قاعدة الزامية السابقة القضائية . فكما سنعرف فيما بعد يعتبر وجود نظام لنشر الأحكام أحد المتطلبات الرئيسية لظهور قاعدة الزامية السابقة القضائية (١) . ولما كانت انجلترا قد عرفت فى بداية العهد النورماندى ما يعرف بالكتب السنوية (year Books) ثم ظهرت مجموعات الفقيه الانجليزى الأكبر (Coke) فى القرن ١٧ وأخيراً التنظيم الجديد لنشر الأحكام الذى صاحب الإصلاح التضاى فى ١٨٧٥ وتكوين مجلس نشر القواعد القانونية The Incorporated council of Law Reporting, فان هناك من الفقه من يحاول أن يرجع تاريخ قاعدة الزامية السابقة القضائية إلى بداية ظهور مجموعة من هذه المجموعات التى خصصت لنشر أحكام القضاء الانجليزى .

فهناك فريق يرجع ظهور قاعدة الزامية السابقة القضائية إلى تلوين الكتب السنوية (year Books) حيث كانت فى رأيه محلاً للأحكام وللإجراءات التى تتم أمام المحكمة ويقدمون قائمة بعدد من الأحكام استند إليها باعتبارها سوابق قضائية فى عهد ادوارد الأول والثانى والثالث (القرن الرابع عشر) (٢) .

= وأنظر أيضا :

Hood Phillips, *A First Book of English Law* p. 143.

ويرى هذا المؤلف أنه إذا كان من الصعب تعيين تاريخ منضبط بدأ فيه عملا التقيد بالسوابق القضائية فإنه يقرر أنه من المؤكد أنه ابتداء من سنة ١٨٥٢ لم يخالف مجلس اللوردات ما سبق له أن قرره فى أحكام سابقة حتى ولو كان يدرك مدى عدم ملائمة أو عدم عدالة المبادئ التى طبقت فى الأحكام السابقة . أنظر إشارة إلى أحكام مجلس اللوردات فى هذه الفترة

Hood phillips, op. cit. p. 129.

(١) أنظر :

Sir Frederick Pollock. *The Science of case Law, in Jurisprudence and Legal Essays*, selected and introduced by A.L. Goodhart, London, 1962 pp. 169 — 183, et spec p. 173.

(٢) أنظر :

Jenks, *A Short history of English Law*, London, 5th ed. p. 193.

ولكن هذا الرأي قد هوجم بحق من جانب بعض الفقهاء الذى يقرر أنه من الصعب اثبات أن تدوين الكتب السنوية كان يفرض استخدام الأحكام الواردة بها على أنها سوابق قضائية إذ لا ينكر أحد الآن أن الغرض الأساسى من الكتب السنوية كان تعليم الطلاب إجراءات التقاضى . يضاف إلى ذلك أنه يندر أن توجد بهذه الكتب السنوية إشارة إلى حكم سابق يرد على أنه سابقة قضائية ملزمة . ويشيرون إلى ما حدث فى سنة ١٣٤٥ (أى فى عصر الكتب السنوية) فى عهد ادوارد الثالث من أن شخصاً خاطب أحد القضاة قائلاً أنه سيكون من الصعب معرفة القانون إذا لم يتبع القضاة ما سبق أن قرره اسلافهم؛ فرد عليه القاضى مقررأ أن القانون العمومى (Common Law) (١) خاضع لتقدير القضاة (٢) ولعل قول هذا القاضى يمثل وجهة النظر الحقيقية لقضاة ذلك العصر، والذين كانوا يستندون إلى العقل والاحساس السليم فى تأسيس أحكامهم، أكثر من استنادهم إلى السوابق القضائية .

وهناك فريق يرى أنه فى غيبة واقعة محددة تبين تاريخ ظهور قاعدة السابقة القضائية الملزمة فانه من المعقول أن يرد الأصل الحقيقى لهذه القاعدة إلى ظهور مجموعات كوك (Coke) الثمينة التى جمعت أحكام المحاكم الانجليزية فى القرن ١٧ وبوبتها مما كان بداية لمعرفة حقيقية لهذه الأحكام واحترامها كسوابق قضائية ومحاولة عدم الخروج عليها (٣)

على أنه رغم ما كان لمجموعات كوك من أثر فى التعرف على أحكام المحاكم الانجليزية ، الا أنه لا يمكن اعتبارها بداية حقيقية لقاعدة الزامية

(١) ترجمنا Common Law بالقانون المسمى مفضلين تلك الترجمة على الترجمات الأخرى وقد جال بخاطرنا لحظة أن نترجمها بعبارة قانون المصوم .

(٢) أنظر :

Bolland, *The Year Books*, Cambridge 1921, p.17 cite par Levy-ullmann, *Le Système Juridique de l'Angleterre*, Paris 1928 p. 131.

(٣) أنظر فى عرض هذا رأى

Levy-ullmann, op. cit. p. 133.

السابقة القضائية . إذ يجب ألا يغيب عن بالنا ما يقرره مؤرخو القانون الانجليزي، من أن القضاة الانجليز في القديم، اذا كانوا قد اهتموا بالتعرف على الأحكام السابقة للمحاكم، فلذلك لأنهم كانوا يعتبرونها دليلا على وجود عرف مستقر ووسيلة اثبات قوية على وجود قاعدة قانونية معينة^(١)؛ ولم يكن في اتباعهم للأحكام السابقة للمحاكم مصلوه الالتزام بقاعدة ما تجبرهم على احترام السوابق القضائية التي اصدرها اسلافهم . وفرق كبير بين هذا وبين ما تفرضه نظرية الالتزام المطلق بالسابقة القضائية، كما ظهرت في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين . فالحكام الانجليزية في العصور الأولى للقانون العمومي لم تكن تسير وراء ما جرت عليه أحكام المحاكم السابقة، إذا اعتقدت أن احترام القواعد التي سارت عليه هذه الأحكام سيؤدي إلى اصدار حكم غير عادل . والأمر على عكس ذلك في ظل النظرية التقليدية لقاعدة الزامية السابقة القضائية، حيث لم يكن من النادر أن يذكر قاض في حكمه أنه غير مقتنع بمدالة الحل الذي يطبقه على وقائع القضية المنظورة امامه وبعلل اصراره على تطبيق هذا الحل غير العادل بوجود سابقة قضائية في نفس الموضوع يجب عليه اتباعها^(٢) .

٣- ومن هنا فاننا نعتقد مع جمهرة الكتاب أن قاعدة الزامية السابقة القضائية لا ترجع إلى أبعد من القرن الماضي وأن الشعور بها قد بدأ يظهر بقوة بعد تنظيم عمليات نشر الأحكام في مجموعات شبه رسمية لها احترامها لدقتها ، ^(٣) وظل الأمر كذلك حتى تأكدت القاعدة صراحة في قضية

London street Tramway V. London County Council

في ١٨٩٨ كما سبق أن أشرنا ^(٤) . وإذا كانت هذه القاعدة قد عدل عنها

(١) أنظر :

Theodore F.T. Plunknett, A Concise History of the Common Law, London 1936 p. 305.

(٢) نفس المرجع .

(٣) أنظر فيها بعد .

(٤) أنظر ما سبق ص ١٠

في سنة ١٩٦٦ فاننا نكون بصلد ظاهرة جديدة بالتأمل: تلك التي تتعلق بمحاولة اعتبار وجود قاعدة معينة الحصصية الرئيسية لنظام قانوني معين . فكلنا درسنا في المطولات والمختصرات والأبحاث الخاصة أن الحصصية الرئيسية للنظام القانوني الانجليزي تتمثل في وجود قاعدة الزامية السابقة القضائية وأن هذه الحصصية الرئيسية هي أهم ما يميز النظام القانوني الانجليزي عن غيره من النظم القانونية الأخرى . لاشك أن مثل هذا القول يحتاج الآن إلى كثير من التحفظات والتقييدات .

(الثالث) نطاق تطبيق قاعدة الزامية السابقة القضائية :

إذا كان الأصل هو أن تلزم كل محكمة بما سبق لها أن أصدرته من أحكام؛ فإن هناك قاعدة أخرى ترجع إلى وجود نوع من التدرج داخل الجهاز القضائي مؤداها خضوع المحاكم الدنيا إلى المحاكم التي تعتبر جهة أعلى منها في التدرج القضائي . وبهذا نجد أن ما نراه بالنسبة لمبدأ تدرج التشريعات في بلاد النظم القانونية اللاتينية، له صورة مشابهة بالنسبة لأعمال قاعدة الزامية السابقة القضائية .

فالأحكام التي تصدرها محكمة عليا تلزمها وتلزم جميع المحاكم الأدنى منها مرتبة . ويلاحظ أنه على العكس من ذلك فإن المحاكم الأعلى مرتبة لا تلزم بأحكام المحاكم الأدنى . وإن كان لأحكام المحاكم الأدنى - وخاصة إذا كانت تكون قضاء مستقراً - قوة أدبية كبيرة تجعل منها سوابق استثنائية Persuasive precedent (١) فإذا ما أخذت محكمة أعلى بحكم سابقة استثنائية انقلبت تلك السابقة الاستثنائية إلى سابقة ملزمة للمحكمة التي أصدرتها ، وللمحاكم الأدنى منها .

وعلى ضوء هذه القواعد يتحدد مجال اعمال قاعدة الزامية السابقة القضائية في القانون الانجليزي كالآتي :

(١) أنظر سابقاً ما ذكرناه بشأن السوابق الاستثنائية

١ - بالنسبة لمجلس اللوردات House of Lords (١) . يلزم مجلس اللوردات مجتمعاً على هيئة قضائية ، في ظل النظرة التقليدية ، بالسوابق القضائية التي أصدرها . كما تلزم هذه السوابق محكمة الاستئناف (Court of appeal) والمحكمة العالية High Court بشعبها الثلاث : شعبة منصفه الملكة (أو الملك) (Queen's (or kings' Bench Division) .

شعبة المستشارية أو العدلية Chancery Division

وشعبة الحسبة والطلاق والبحرية

Probate, divorce and Admiralty Division

كما تلزم أيضاً بالمبادئ التي تنقرر في أحكام مجلس اللوردات ، جميع المحاكم الأخرى الأقل أهمية الموجودة في إنجلترا وان كانت أكثر عدداً ، كمحاكم المقاطعات (Country Courts) .

٢ - بالنسبة لمحكمة الاستئناف Court of appeal ، فإنها تلزم بالمبادئ التي تقررها في أحكامها السابقة - كما تلزم هذه المبادئ المحكمة العالية High Court بشعبها الثلاث وكذلك المحاكم الأدنى منها . ولكن لا تلزم أحكام محكمة الاستئناف مجلس اللوردات ولا تقيده ، فله أن يخرج عليها . فإذا خرج عليها فإن محكمة الاستئناف وغيرها من المحاكم الدنيا تنفذ بحكمه ، كما سبق أن رأينا .

ويلاحظ أن محكمة الاستئناف Court of appeal لا تعتبر نفسها ملتزمة بأحكام محكمة الاستئناف الجنائية The court of criminal appeal كما لا تعتبر هذه الأخيرة نفسها ملتزمة بأحكام محكمة الاستئناف .

(١) أنظر سابقاً .

(٢) أنظر Hood phillips, op. cit o. 132. والأمثلة القضائية التي يشير إليها . ويشير هذا المؤلف إلى أنه إذا كانت محكمة الاستئناف الجنائية تلزم عموماً بالسوابق القضائية التي سبق لها تقريرها إلا أنها حدثت في بعض الأحيان عن الالتزام المطلق حين تعلق الأمر بتفسير غامض لقاعدة قانونية تتصل بحماية حريات الأفراد . أنظر :

R.V. Taylor (1950) 2K. B. 368 . أشار إليه في المرجع السابق ص ١٢٢ .

٣ - بالنسبة لأحكام المحكمة العالية (High Court) تلزم المحكمة العالية (١) بأحكامها التي تصدرها وهي منعقدة في مقرها الرئيسي بلندن كما تلزم بها المحاكم الدنيا كمحاكم المقاطعات (County court) . ولكنها لا تلزم مجلس اللوردات ولا محكمة الاستئناف. أما الأحكام التي تصدر من المحكمة العالية في جلساتها خارج لندن فإنها تكون غير ملزمة للذات المحكمة كما أن المحكمة إذا انعقدت على هيئة جماعية تضم أكثر من قاض فإنها لا تلزم بالأحكام التي تصدر عن قاض منفرد (٢) .

ويجب ملاحظة أن المحكمة العالية تتكون من شعب ثلاث تختلف في اختصاصها كما تختلف في القواعد القانونية التي تطبقها كل من هذه الشعب ، وهي شعبة منصة الملكة ، وشعبة المستشارية أو العدلية ، وشعبة الحسبة والطلاق والبحرية .

والزام كل شعبة بأحكام الشعبة الأخرى، لم يكن مطلقاً في يوم من

(١) يلاحظ أننا نقصر أصلاً على المحكمة العالية على (High Court) والتي تعتبر في حقيقة الأمر « المحكمة الابتدائية » في إنجلترا حتى لا يختلط باصطلاح المحكمة العليا (Supreme Court of Judicature) وتتكون المحكمة العليا من درجتين هما محكمة الاستئناف (Court of Appeal) التي تعتبر محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة العالية والمحكمة العالية (High Court) والسبب في تسميتها بالمحكمة العليا (Supreme court of Judicature) بالرغم من أن أحكام المحاكم التي تتكون منها هذه المحكمة العليا يطعن فيها أمام مجلس اللوردات هو أن القانون الذي صدر في سنة ١٨٧٣ والذي أعاد تشكيل المحاكم الإنجليزية على أسس حديثة أنجبه إلى الذل إلا لتجاء إلى مجلس اللوردات كجهة قضائية ومن هنا كان من المنطقي أن يطلق على المحكمة الجديدة التي لا توجد فوقها محكمة بالمحكمة العليا ولكن المشرع الإنجليزي عدل بعد ذلك عن هذا الاتجاه وأعاد قانون ١٨٧٥ (Judicature act 1875) إلى مجلس اللوردات اختصاصه القضائي فأصبح أهل سلطة قضائية في إنجلترا ولكن لم يلتفت إلى تعديل التسمية التي أطلقت بمقتضى قانون ١٨٧٣ على محكمة الاستئناف والمحكمة العالية من حيث أنهما يكونان المحكمة العليا في إنجلترا . أنظر :

Ernest, LEHR, *Elements de droit civil anglais*, 2^e éd. par Jacques Dumas, T. I. p. L, Paris, 1906.

(١) أنظر : Hood phillips, op-cit p. 133

الأيام، وإن كانت كل منها تأخذ في اعتبارها السوابق القضائية التي قررتها الشعب الأخرى . والقاعدة انه لكي تلزم شعبة من شعب المحكمة العالية سابقة قضائية معينة يجب أن تكون هذه السابقة قد تقررت أمام نفس الشعبة. فالأحكام التي تصدر من شعبة منصة الملكة تلزم القضاة الذين يجلسون في هذه الشعبة ولكنها لا تلزم قضاة شعبة العدلية أو المستشارية ويجوز لهؤلاء القضاة عدم مسايرة قضاة شعبة منصة الملكة (١) .

ولا يجب أن يدهشنا هذا الأمر حيث أن التزام كل شعبة من شعب المحكمة العالية بأحكامها السابقة لم يتأكد الا حديثاً ونحت تأثير انشاء محكمة الاستئناف كما سنبين فيما بعد ، وهذا الأمر لم يتقرر أبداً بالنسبة لالتزام كل شعبة من شعب المحكمة العالية بأحكام الشعبة الأخرى .

٤ - بالنسبة لمحاكم المقاطعات Country Courts . تلزم هذه المحاكم بأحكام مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف وأحكام الشعب المختلفة للمحكمة العالية ، بل ان الفقه يقرر أن قضاة محاكم المقاطعات يبدون وكأنهم يلزمون أنفسهم بالبادئ التي ارساها الأحكام التي يصدرها قاض منفرد من قضاة المحاكم العالية (٢) .

وهكذا نجد أن القاعدة هي أن أحكام المحاكم الأعلى تعتبر كأصل عام واجبة الاحترام وتلزم المحاكم الأدنى تبعاً للتدرج السلمى لهذه المحاكم . والواقع ان هذا التسلسل التدريجي للمحاكم الانجليزية قد لعب دوراً كبيراً بجانب بعض العوامل الأخرى في ارساء قاعدة الالتزام المطلق بالسابقة القضائية في هذا القرن كما سيبين لنا من دواصة الاعتبارات التي أدت إلى ارساء هذه القاعدة .

(١) وسينخرج قضائية معينة عن حكم دائرة أخرى يقال لهم أنهم خالوا *disapproved* أو لم يسايروا *not followed* الحكم السابق . أنظر المرجع السابق الإشارة ص ١٣٤ .

(٢) أنظر : Hood phillips, op. cit. P. 13. 5

الفرع الثانى

الاعتبارات التى ساعدت على تأكيد قاعدة الزامية السابقة القضائية

هناك عوامل عدة ساعدت على التزام القضاة بالسوابق القضائية .
بعض هذه العوامل يرجع إلى اعتبارات تاريخية منها إعادة تنظيم القضاء ؛
والأخرى اعتبارات نفسية ؛ ترجع أساساً إلى تكوين رجال القضاء فى إنجلترا ؛
بالإضافة إلى الإعتقاد بأن نظام الزامية السابقة القضائية يحقق بعض المزايا
العملية .

(أولا) الاعتبارات التنظيمية :

لا ترجع قاعدة السابقة القانونية إلى الماضى السحيق ، بل أنها لا ترجع
إلى أبعد من أواخر القرن الماضى كما رأينا . وقد ساعدت على تقريرها
بعض التطورات الاجتماعية التى أملت ضرورة تطوير الجهاز القضائى
الانجليزى .

فع ظهور الثورة الصناعية وبداية النظام الحر ، بدأ القانون الانجليزى
يتطور فى أحكامه الموضوعية . ليتلاءم مع النظام الوليد الذى بدأ يكتمل شكله
فى القرن التاسع عشر . وكان لابد من إعادة تنظيم الجهاز القضائى الانجليزى
حتى يقوى على خدمة المجتمع الجديد . وكانت قوانين تنظيم القضاء التى
صدرت فى سنة ١٨٧٣ و سنة ١٨٧٥ (75 — Judicature act 1873)
خطوة أساسية فى هذا السبيل . ويعتبر هذا التنظيم الذى أقام قضاء شديد
التركز فى العاصمة لندن . أحد الأسباب الهامة التى ساعدت على تأكيد
فكرة الزامية السابقة القضائية .

فانشاء محكمة استئناف واحدة فى إنجلترا ساعد على أن يكون اماء المحاكم
الدنيا رائداً واحداً يمكنه توجيه قضائها وتوجيهه (١) . ورغم أن هذه المحكمة

(١) أنظر :

Theodore F.T. PLUCKNETT. A concise History of the common
Law, 2nd. ed. London. 1936. p. 312.

تشغل درجة وسطى داخل النظام القانوني إلا أنها بحكم التقاليد وقلة الطعون التي تقدم ضد أحكامها، تتمتع بمركز قوى (١). كما أن تطوير مجلس اللوردات كهيئة قضائية أعلى وتحليصه من اللوردات غير القانونيين (Lay Lords) ساعد على أن يرتقى إلى عضويته قضاة ممتازون يعتبرون قنوة من الصعب أن تخالف آراؤها (٢). كما أن تمرر المحاكم بما فيها المحاكم الابتدائية في لندن: أدى إلى سهولة تكوين رأى عام قضائي يعبر عن وجهة نظر من يتقنون القضاء؛ وخاصة ان روح الجماعة وتضامنها كانت متغلغلة فيهم، كما سرى حين ندرس الاعتبارات النفسية التي أدت إلى قيام قاعدة السابقة القضائية

ومن تلك العوامل التي ساعدت على ارساء قاعدة الالتزام المطلق بالسابقة القضائية إعادة تنظيم مجموعات نشر الأحكام وإنشاء مجلس يشرف على هذه المهمة (٣) في سنة ١٨٦٥. وإذا كان ما يصدره هذا المجلس من مجموعات لا يعتبر وثائق رسمية (٤) إلا أنها تعتبر على الأقل مجموعات شبه رسمية لأحكام المحاكم تميزت بدقتها وكانت حافزاً للمجموعات التي تصدر من الهيئات الخاصة إلى أن تضبط بعناية ما تنشره من أحكام. فوجود المنافسة بين مجموعات نشر الأحكام كانت نتيجة ارتفاع مستوى نشر الأحكام. وسهل هذا على

(١) فالعين في أحكام المحكمة الاستئنافية (Court of appeal) أمام مجلس اللوردات لا يجوز إلا إذا سمحت به المحكمة الإستئناف نفسها أو بناء على التماس خاص يقبله مجلس اللوردات. أنظر René David, *Le droit anglais*, Paris, 1965, p. 73

(٢) أنظر : Hood Phillips, *First Book*, p. 145.

(٣) أنظر : Plunknett, *precité* p. 312. وهو The Incorporated council of Law Reporting

ويعتبر الفقه أن وجود نظام نشر الأحكام يعتبر أحد المصطلبات الرئيسية لنظام السابقة. أنظر

Sir Frederick Pollock, *A short history of English Law*, in *Jurisprudences and legal Essays*, selcted and introduced by A. L. Goodhart London 1963 p. 169 — 183 et sper p. 173.

(٤) الدكتور محمد عبد الخالق عمر - وسادة الرأى وتمده في الحكم القضائي - مجلة القانون والاقتصاد - ١٩٦٦ - ص ٥٤٣ .

القضاة وعلى المحامين أن يرجعوا بأطمئنان إلى ما سبق إصداره من أحكام . متخذين منها هادياً لهم في القضايا المعروضة أمامهم . حتى انقلب هذا الشعور بالاحترام للأحكام السابقة ، إلى شعور بضرورة اتباع ما قرره من مبادئ قانونية وعلى ذلك فقد ساعدت هذه التغيرات التنظيمية على تهيئة الأذهان لتقبل الالتزام بالسوابق القضائية ، الذي بدأت عملية الضرورات الاجتماعية والاقتصادية ، حيث كان من مصلحة استقرار التجارة وازدهارها في مرحلة الرأسمالية الناهضة ان تثبت أحكام المحاكم في اتجاه معين .

(ثانياً) الاعتبارات النفسية :

إذا كانت الاعتبارات التنظيمية والعوامل الموضوعية لعبت دوراً كبيراً في المساعدة على تهيئة الأذهان إلى تقبل الالتزام بالسوابق القضائية ، فان عوامل نفسية متعددة ترجع معظمها إلى شخصية القضاة الذين تولوا منصب القضاء في تلك الفترة سهلت هذه المهمة (١) .

فقد ساعد على انتشار قاعدة السابقة القضائية الملزمة وجود هيئة قضائية واعية بدورها فخورة بوظيفتها ، قادرة على أن تقف على قدم المساواة مع السلطة التشريعية ومع السلطة التنفيذية على السواء . بل وقادرة على أن تأمر هذه الأخيرة بفعل شيء أو الامتناع عن اتيان أمر غير مشروع (٢)

وقد ساعد على استمرار هيئة الهيئة القضائية في إنجلترا انه لم يصل إلى كرسی القضاء سوى من كانوا جديرون بهذا المنصب (٣) كما ساعد هؤلاء

(١) أنظر :

J.W. Salmond, Jurisprudence or the theory of the Law, London, 1907, p. 161.

(٢) أنظر :

René David, Le droit anglais, Paris, 1965, p. 24.

وأنظر كذلك النظام القضائي في إنجلترا تأليف أحد صفوت السابق الإشارة اليه وبالذات الصفحات ٣١٢ وما بعدها حيث يتكلم عن علاقة السلطة القضائية بالسلطة التنفيذية والسلطة التشريعية .

(٣) واختيار القضاة الأنجليز غريب الى حد ما ، فهم يختارون من بين المحامين الناجحين

القضاة الممتازين محامون اكفاء (١) لم ينسوا أبداً أنهم ينتمون إلى طائفة واحدة (٢) غايتهما الأساسية خدمة العدالة والقانون . وهذا الشعور بالانتماء

== والبارزين ذوي الشخصية القوية الذين قضوا للمهنة خمسة عشر عاماً . ومهنة القاضي مهنة فريدة فهي آخر الحظوظ وأعلى درجة يمكن أن يصل إليها الإنسان فليس هناك ترقى بعدها وجميع القضاة المميزين في المحكة المالية أو محكمة الاستئناف أو مجلس الوردات سواء . ومرتباتهم عالية جداً وعدد قضاة إنجلترا كلها قليل جداً إذ لا يزيدون عن الثمانين .
أنظر في مركز القاضي الإنجليزي :

Leslie Scarmann, The English Judge, *The Modern Law Review*
vol. 30 n° 1 (1967) pp. pp. 1— 5

Kirk Patrick, p.136 et s. : وأنظر كذلك في مدى استقلال هؤلاء القضاة :

(١) يلاحظ أن نظام المحاماة في إنجلترا يختلف عنه في بلدانها . ذلك أنه لا يشترط في المحامي أن يحصل على ليسانس في الحقوق من الجامعة وإنما لا بد أن يتابع الدروس التي تمنحها نواحي القانون (Inns of Law) الأربعة الموجودة بلندن وأن يتناول الطعام بالنادي الذي ينضم إليه مرات معدودة حتى يقبل كعضو . وهناك ما يقرب من ألفي محام في إنجلترا الآن ويشرف على المتضمنين إلى كل ناد مجلس صارم يحرص على أن يسود حد أدنى من النزاهة والشرف بين الأعضاء . ويلاحظ أن المحامي الإنجليزي لا يدخل في علاقات مباشرة مع العميل أو الخصم وإنما هذا الأخير يتصل بالـ (Solicitor) الذي يقوم بوظيفة تشبه تلك التي يقوم بها الـ (avoué) في فرنسا وهو الذي يحضر القضية ويقوم بالاجراءات المختلفة ويقوم المحامي بالمرافعة أمام المحكة فقط .
أنظر : R. David, *Le droit anglais*, p.40.

(٢) إذ يلاحظ أن القاضي بعد اختياره من بين المحامين ليتولى منصب القضاة لا تفنك صلته بالنادي الذي كان منضماً إليه في الماضي ويظل يتردد عليه ويتناول طعامه فيه مع زملائه القضاة من المحامين وعلى ذلك فالعلاقات الانسانية بين القضاة الإنجليزي والمحامين تختلف تماماً عنها في بلدنا .

وقد كان هذا الواقع أثره في تطور وإنتشار الأخذ بقاعدة السابقة المازمة بلا خوف من الآثار الضارة التي قد تترتب اذا وجد بين هيئة القضاة من هم غير اكفاء . وقد لا يحسد الله حق أهمية وضروية أن يكون جميع القائمين على شئون القضاة على مستوى عال من الأمانة والشعور بالمسؤولية والذكاء حتى يسود بلا ضرر مبدأ الالتزام المطلق بالسوابق القضائية . ويعبر أندريه تانك عن ذلك بقوله :

“Du même qu'un oeuf pourri gache toute une omelette, de même, il devient impossible de respecter tous les precedents si certains d'entre eux (les juges) fissent-ils rares, sont mauvais”

ويرجع بروفيسر تانك سبب عدم انتشار قاعدة الالتزام السابقة في الولايات المتحدة إلى عدم وجود جبهه قضائية خالية من الشوائب . أنظر :

Tunc, *Le droit des Etats Unis*, 1964 p. 91.

إلى جماعة واحدة ولد لها بعض المصالح في أن يصبح القانون طلسم فنية لا يفهمها غيرهم، كما ولد لديهم احترام الأسلاف ونمي فيهم روح المحافظة على الماضي، كما جعلهم يقومون بتهيئة خلفهم السير في ركابهم بالبحث عن ما تم إصداره من سوابق قضائية (١). وهكذا يصبح القانون فناً مقفلاً على أهله وتصبح قاعدة الزامية السابقة القضائية إحدى الوسائل التي تضمن استمرار هذا الوضع.

(ثالثاً) الاعتبارات العملية :

ولا شك أن هناك اعتباراً عملياً أساسياً ساعد على الأخذ بمبدأ الزامية السابقة القضائية، ذلك هو أن النظام الانجليزي ليس مقنناً. فالتشريع ظل حتى بداية هذا القرن لا يلعب دوراً رئيسياً كمصدر للقانون الانجليزي (٢). ومن الطبيعي في ظل نظام قانوني غير مقنن ان تقوم السوابق القضائية بدور رئيسي فيه (٣).

والالتزام بالسوابق القضائية في نظام قانوني غير مقنن يساعد على تحقيق اليقين، المقتد؛ نتيجة لعدم وجود تشريع ينظم العلاقات الاجتماعية وبالتالي يسهل على المتقاضين التنبؤ بموقف المحكمة حين يعرض عليها النزاع؛ إذ أنهم يتوقعون ان المحكمة ستسير على ما جرت عليه المحاكم الأخرى في الأحكام المماثلة السابقة (٤). وفأحكام المحاكم هي القانون في نظر الناس، ويحق

(١) أنظر :

Goodhart, Le precedent en droit anglais, in Le Problème des sources du droit positif, paris, 1934, p. 44 et surtout note 3.

(٢) أنظر : Goodhart, Le precedent en droit anglais :

(٣) نفس المرجع .

(٤) أنظر في مزايا اليقين والتأكد التي يتميز بها نظام السابقة القضائية الملزمة :

(Hood Philips, p. 145). ويلاحظ المؤلف أن الالتزام بالسوابق القضائية في مثل هذا النظام يضي عليه طابعا عمليا يجعل منه نظاما قانونيا قائماً على التجربة وليس مذكراً فقط على أسس مطلقة قد تصطدم أحيانا مع اعتبارات الواقع. كما يترتب على ذلك أيضا اثرات النظام القانوني بل وتضخه أحيانا من حيث الأحكام التفصيلية التي تزداد بمجرور الستين وحيث يترك كل جيل بصماته على القانون. (المرجع السابق ص ١٤٦).

لهؤلاء أن يتوقعوا أن القاضى الذى يصف شيئاً فى يوم بأنه أبيض لن يصفه فى اليوم التالى بأنه أسود^(١) .

ونعتقد ان هذا الاعتبار العملى كان هو الركيزة الهامة التى قامت عليها قاعدة الالتزام بالسابقة القضائية؛ ولذلك فليس من الغريب، حين كثُر الالتجاء إلى التشريع لتنظيم العلاقات الاجتماعية فى العصر الحديث، أن يبدأ بنجم هذه القاعدة فى الأقول كما سئرى . إذ تلبو الصعوبات وتظهر التناقضات ويبين القصور، الذى يصاحب تطبيق قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية، فى مجتمع تكثر فيه القواعد المكتوبة .

الفرع الثالث

الاساس النظرى لقاعدة الزاميه السابقة القضائية :

أسس الفقه فى القرن التاسع عشر قاعدة السابقة القضائية الملزمة على نظريتين، كانتا فى أوج انتشارهما وهما : نظرية الأثر الكاشف للأحكام عن قواعد القانون العمومى ومبدأ عدم افتئات القضاء على السلطة التشريعية، المتمثل فى مبدأ انفصل من السلطات .

(أولاً) الاساس الاول نظريه الاثر الكاشف للأحكام عن القانون العمومى :

Thd Declaratory theory of the Common Law ...

ترجع هذه النظرية إلى (Blackstone)^(٢) أكبر فقهاء إنجلترا الذين أثروا فى تاريخها الحديث نفس التأثير الذى أحدثه بوتيه (Pothier) فى القانون الفرنسى .

(١) أنظر الدكتور ليبب شنب - مذكرات فى القانون المدنى المقارن - السابق الإشارة إليه - ص ٣٦ . ويعتبر سير فردريك بولوك أن ميزة التوقع التى تصاحب اتباع السوابق القضائية هى التى تسمح بالتعبير بأن هناك علم السوابق القضائية . The science of case law.

Jurisprudence and Legal essay, precite p. 145.

(٢) وقد نشره بلاكستون « نظريته بين تعليقاته التى نشرها لأول مرة سنة ١٧٦٥ والتى ظهرت أشعر جامعة منها فى حياته سنة ١٧٧٨ تحت عنوان : (commentaries on the Laws of England ...

ويوجد من هذه التعليقات نسخة بمكتبة كلية الحقوق بجامعة القاهرة ترجع طبعها الى سنة ١٨٠٠ وهى التى نشير الى صفحاتها .

ومقتضى هذه النظرية ان القاضي لا يخلق القانون ولا ينشأ بحكمه قانوناً
كان غير قائم في الماضي وانما يقتصر دوره على اعلان القاعدة القانونية
التي وجدت منذ زمن بعيد (١) .

ويتزب على ذلك أنه إذا تقرر حكم القانون مرة في مسألة معينة فيجب
على جميع القضاة اتباع هذا الحكم في المسائل المماثلة . فالقاضي حين يحكم
في قضية معينة مستنداً إلى مبدأ قانوني، لا يقوم الا بالكشف عنه، إذ هو
موجود منذ الأزل وبالتالي فالقضاة الآخرون حين تعرض عليهم قضية
مشابهة يجب عليهم التمسك بما سبق أن قرره القاضي السابق في الحكم الأول،
إلى أن يثبتوا أن هذا الحكم قد أخطأ في كشفه عن القانون .

ويعبر «بلاكستون» عن وظيفة القضاة هنا بتلك العبارة التي لا تخلو
من شاعرية لاعقلانية والتي مؤداها ان القضاة هم أساساً حفاظ القانون
والناطقون الأحياء لروح القانون .

„They are the depositories of the laws; the living oracles...” (٢)

أنظر : Hood Phillips, op. cit. p. 141.

(١) ويرى البعض أن ربما يرجع أصل هذه النظرية الى أن « وليام الأول » أمر بالحفاظ
على القانون الأهل الخاص بالقبائل الانجلوسكسونية ومن هنا اعتبرت أحكام المحاكم الملكية منذ
الفتح النورماندي في القرن الحادي عشر دليلاً على وجود القواعد القانونية التي استخلصتها هذه
الأحكام منذ ذلك التاريخ .

(٢) أنظر :

Blackstone, commentaries on the laws of England, T.I, No. 69. p. 68.

وقد أقام بلاكستون نظريته على أسس أربعة (أولاً) أن القضاة ملزمون بحسب التمين التي
يخلقونها بأن يحلوا المنازعات التي تعرض أمامهم طبقاً للقانون المطبق في البلاد (ثانياً)
أن معرفة القضاة بالقانون اذا كانت تتأق نتيجة دراساتهم وخبراتهم فإنها تأتي أساساً من تودم
الطويل على احترام الأحكام التي سبق أن أصدرها أسلافهم من القضاة (ثالثاً) أن أحكام المحاكم
تعتبر وسيلة الاتبات الأساسية أو الدليل الرئيسي على وجود القانون العمومي (رابعاً) أن هذه
الأحكام تسجل وتحفظ في سجلات رسمية يمكن الرجوع إليها حين يلحق النظر حول مفسون
القانون .

ويلاحظ الدارسون للقانون الانجليزي بحق، ان بلاكستون لم يؤيد نظريته بأى دليل مستمد من الفقه أو القضاء ولذا يعتقد ان بلاكستون هو واضع هذه النظرية (١) ، وأن قوة هذه النظرية ترجع إلى أن رجال القانون في انجلترا تبناها طيلة القرن التاسع عشر بدون مناقشة حتى تعرض لها الفقه الحديث فقوض أسسها وبين مدى قيامها على افتراضات محضه .

(ثانيا) الاساس الثاني مبدأ الفصل بين السلطات :

رغم اختلاف آلية مبدأ الفصل بين السلطات في القانون الانجليزي عنه في قانوننا ، الا أنه استخدم كأساس نظرى لتبرير قاعدة السابقة القضائية الملزمة .

ذلك انه إذا كان مقتضى المبدأ لا تعتدى السلطات الثلاث : التشريعية والتنفيذية والقضائية كل منها على اختصاصات الأخرى ، فان النتيجة الحتمية بالنسبة لموضوعنا هي القول بحرمان القضاء من سلطة التشريع أى بعدم السماح له بأن يخلق القواعد القانونية لأن ذلك سيكون فيه اقتتات على اختصاص البرلمان . وقد قيل ان عدم التزام القاضى بالسوابق القضائية يحمل هذا المعنى . لذا كانت المناذاة بقاعدة الزامية السوابق القضائية على اعتبار انها خير ضمانة ضد اعتداء القضاة على اختصاص السلطة التشريعية .

ولا يمكن فهم هذه النتيجة الا على ضوء نظرية الأثر الكاشف للأحكام عن قواعد القانون العمومى التى سبق أن عرضنا لها . إذ لما كان الحكم السابق قد كشف القانون القائم والقاعدة الواجبة التطبيق ، فوُدى ذلك أنه يجب على القضاة التالين ان يطبقوا القانون كما قرره وكشف عنه القضاة السابقون . فاذا سمح القضاة العصريون لأنفسهم بفحص وجهة القضاة السابقين فكأنهم سمحوا لأنفسهم بالخروج على القانون .. بعبارة أخرى كأنهم سمحوا لأنفسهم بأن يعدلوا في القانون القائم أى اقاموا من أنفسهم سلطة تشريعية . لذا كانت

(١) أنظر : « ليفى أولمان » ص ١٢٩ .

Levy-ULLMANN. *Le systeme juridique de l'Angleterre*, Paris 1928, p. 129.

قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية هي خير وسيلة لمنع القضاة من الافتئات على مبدأ الفصل بين السلطات (١).

ومن هذا يبين أن مبدأ الفصل بين السلطات ونظرية الاعلان الكاشف كانا الأساسيين النظريين اللذين أدبا إلى رسوخ الاعتقاد في أن المحاكم لا يجب أن تعدل أو تحيد عما سبق أن قرره من قواعد في أحكام سابقة .
الا أن هذين الأساسيين مالبثا أن تعرضا للهجوم من جانب الفقه وكان هذا ابتدئاً أيضاً بأقول قاعدة الالتزام المطلق بالسابقة القضائية .

خاتمة : انهيار الأسس النظرية للقاعدة وتطور عيوبها :

إذا كان انتشار هاتين النظريتين طيلة القرن التاسع عشر بين رجال القانون في إنجلترا سبباً في تأكيد قاعدة الزامية السابقة القضائية ، الا أنه ما أن بزغت شمس القرن العشرين حتى تعرضت نظرية الأثر الكاشف للأحكام عن قواعد القانون العمومي إلى هجوم من كبار رجال القانون، فتمعرض لها بالهجوم أوستين (٢) وسفه منها سالون (٣) وبدأ تيار في الفقه يصفها بأنها مجرد افتراض بحث لم يبر إلا في ذن بلاكستون وحده .
فبينوا كيف ان بلاكستون لم يشر إلى أية وثائق تؤكد نظريته وأنها من نسج خياله (٤) .

ثم بينوا كيف أن القضاة يخلقون القاعدة القانونية ولا يكتبون بالكشف عنها وانه إذا كان القضاة لا يظهرون ذلك ولا يعلنونه فذلك إيماناً منهم أن هذه

(١) ومن هذا يبين أن ما يقرره الكثير من الفقه في البلاد اللاتينية من أن القضاء لا يعتبر مصدر القاعدة القانونية إلا في النظم القانونية التي يسود فيها نظام السابقة القضائية ، محل نظر إذ أن الأمر حل عكس ذلك تماماً. فكما رأينا يرد الالتزام بالسابقة القضائية على أساس أن القاضي لا يستطيع أن يخلق القانون. كما أن نظام السابقة القضائية بدأ في الأقول حقيقة عندما بدأت المناداة بأن القضاء خالق ومنشأ للقواعد القانونية .

(٢) أنظر « ليفي أولمان » ، ص ١٢٩ .

(٣) ليفي أولمان المرجع السابق نفس المكان .

(٤) أنظر : SALMOND, *jurisprudence*, op. cit. 161

خير طريقة لأن تركهم السلطات الأخرى في أمان وطمأنينة يستمرون في عمية خلق القواعد القانونية الجديدة التي تتلاءم مع تطور الحياة الاجتماعية .

وبدأت فكرة خلق القضاة للقواعد القانونية تنتشر أولا بين رجال الفقه ثم بين رجال القضاة وأظهر هؤلاء الآخرون آراءهم في البداية في كتاباتهم الفقهية ثم بدأوا يلمحون إلى هذا الدور في أحكامهم ، وأخيرا طرحوا جانبا نظرية الأثر الكاشف للأحكام عن القانون العمومي (١).

وكان هذا التحول كنفلا بوضع القضاة أمام تناقض رئيسي .
فالدور الخلاق للقضاة في تكوين القاعدة القانونية لم يعد يتمشى مع الزام القضاء باتباع السوابق القضائية .

إذ كيف تقيد سلطة معينة نفسها بما سبق أن قرره ؟ ان السلطة التشريعية ذاتها لا تحرم نفسها بالنسبة للمستقبل من تعديل وإلغاء ما سبق أن قرره في موضوع معين .

لذا كانت النتيجة المنطقية هي أن يتحلل القضاة من قاعدة الزامية السابقة القضائية ، حتى لا يظلوا سجناء قاعدة سبق أن وضعوها هم أنفسهم .
فما قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية الا قاعدة قضائية سبق أن قررها القضاء ولم يصدر بتقريرها أى قانون من السلطة التشريعية (٢) .

(١) ويقول « فريدمان » في أواخر سنة ١٩٦٦ :

“The Blackstonian doctrine of the “declaratory” fonction of the courts, holding that the duty of the court is not to pronounce a new law but to maintain and expound the old one has long been little more than a ghost. ”.

Limits of Judicial law-making and prospective overruling,
M.L.R., 1966, p. 595.

(٢) أنظر موسوعة هالبري .

Halsbury's Laws of England Vol. XIX, p. 256, Vo° judgmet and orders
London 1935

وقد ساعد على انتشار هذه الفكرة ظهور عيوب الالتزام المطلق بالسوابق القضائية . وخاصة أن تطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية ، أدى إلى إصدار التشريعات العديدة ، وكما هو متوقع لم يتلائم التطبيق السليم لمبدأ السابقة الملزمة مع التطبيق السليم لهذه التشريعات .

فكما سبق أن رأينا لا تتجلى عظمة وفائدة نظام السابقة القضائية الملزمة إلا في ظل نظام قانوني غير مقنن وعلى العكس إذا وجدت قواعد تشريعية مكتوبة فإن نظام السابقة القضائية يعتبر عقبة حينئذ في سبيل تطوير القانون ذلك أن المحاكم إذا أعطت تفسيراً لنص معين فستظل تبعاً لقاعدة الالتزام المطلق بالسوابق القضائية ملزمة باتباع هذا التفسير حتى ولو تبين فيما بعد من عدم ملاءمة هذا التفسير للحاجات المتجددة للمجتمع ولا مع تلك التي صلو من أجلها هذا التشريع (١) .

وهكذا كان انهيار الأساس النظري لقاعدة السابقة القضائية وظهور الآثار السيئة للتقيد المطلق بها ، في ظل نظام قانوني بدأ التشريع يمثل فيه مكاناً كبيراً ، كفيلاً بالعدول عنها مرة واحدة: إلا أن تقاليد القضاء الإنجليزي ما كانت لتسمح بالعدول عنها دفعة واحدة . لذا تمخض هذا القضاء في استخدام وسائل الصياغة القانونية المختلفة في استبعاد السوابق القضائية التي لم تعد تمشي

(١) انظر مثلاً صاريخا على ذلك في قضية

Cartelge V. Jopling (1963) 2, W. L.R. 210

وانظر في النتائج التي تترتب عليها من ناحية الإصلاح التشريعي

Gerarald Dworkin, Limitation act 1963, M.L. R. 1964 pp.

Ag — 202

وانظر رسالتنا

BORHAM ATALLAH, *Le Droit propre de la victime et son action directe contre l'assureur de la responsabilité automobile obligatoire: Etude critique et comparative des systèmes juridiques de l'Angleterre, de la France, de la R.A.U. et de la Suisse*, Paris 1967, p. 50 note 43, et P. 297 not 49.

مع مقتضيات العصر ، حتى وصل الأمر في النهاية إلى إيجاد استثناءات كثيرة على قاعدة الزامية السابقة القضائية للدرجة يمكن معها القول أن القاعدة أصبحت هي الاستثناء وأنه لم يعد هناك فارق بين السوابق الملزمة والسوابق الاستثنائية، وأنه يمكن اعتبارها جميعاً ذات صبغة اقناعية فقط. وكان هذا الوضع - مع وجود بعض الظروف الأخرى - كفيلاً بأن يقرر مجلس اللوردات حقه في العلول عن السوابق القضائية حين يجد أن ظروفًا معينة تفرض عليه ذلك.

وسينضح لنا ذلك في دراستنا لاقسم الثاني الذي نخصصه لمحاولات الحد من اطلاقية قاعدة السابقة القضائية الملزمة .

القسم الثاني

الاتجاهات الحديثة الزامية الى الحد من الالتزام المطلق بالسوابق القضائية

بظهور عيوب الالتزام المطلق بالسوابق القضائية وخاصة ما يترتب عليه من جمود وانعدام العدالة احياناً، اضطر القضاء الانجليزي الى التخفيف من حدة هذا الالتزام . فلجأ إلى استخدام وسيلة «التمييز أو التفريد»، كما اضطر إلى اقرار بعض الاستثناءات الصريحة . ليستطيع القاضي إذا توافرت شروطها ان يفلت من الالتزام بالسوابق القضائية. وتكاثرت هذه الاستثناءات، حتى روى أنه من الخير، العدول صراحة عن الالتزام بالسابقة القضائية . ولتوضيح ذلك نقسم دراستنا في هذا القسم إلى فرعين الأول يتعلق بدراسة الوسائل الفنية التي استخدمت للحد من اطلاقية الالتزام بالسابقة القضائية ونخصص الفرع الثاني لاعلان مجلس اللوردات الصادر في سنة ١٩٦٦ والذي أعلن فيه عدم التزامه المطلق بالتبعية بالسوابق القضائية .

الفرع الأول

الوسائل الفنية التي استخدمت في التخفيف من اطلاقية القاعدة

قد يكون من المفيد أن نبحث أولاً طريقة التمييز أو التفريد باعتبارها الوسيلة العادية التي استخدمها القضاء الانجليزي في الحد من الآثار السيئة للالتزام بالسابقة القضائية . ثم تتبع ذلك بدراسة الاستثناءات التي أوردها القضاء على هذا الالتزام .

(أولاً) طريقة التفريد أو التمييز Distinction :

برع القضاة الانجليز في استخدام وسيلة التمييز أو التفريد لكي يفلتوا من الالتزام بحكم سابقة قضائية معينة حين يجادلون انه من غير المقبول تطبيق المبدأ المقرر في السابقة على القضية المعروضة عليهم . وقد يكون من الواجب

أن نلتفت النظر إلى أن هذه الطريقة لا تثبت أهميتها إلا في حالة ما إذا كان القاضى غير مقتنع بعدالة حكم السابقة ويريد أن يخرج عليه . أما إذا كان متفقاً في رأى مع حكم السابقة فلن تثار مسألة التمييز أو التفريد ولن يرفع القاضى نفسه في بيان أوجه الشبه بين القضية المعروضة عليه والقضية التي قررت فيها السابقة .

كيفية أعمال وسيلة التمييز :

تتلخص هذه الوسيلة في أن القاضى ينظر أولاً في وقائع النزاع المعروضة أمامه ليرى عما إذا كانت هناك أية واقعة أو أى عنصر لم يكن موجوداً في القضية السابقة التي قررت بصدها المبادئ القانونية التي يريد استبعادها.

ثم يبحث ثانياً عما إذا كانت هناك واقعة أو عنصراً لم يهتم به القاضى السابق أو لم يكن ظاهراً وواضحاً أمامه حين أصلر الحكم المكون للسابقة (١) فإذا وجد القاضى بعد مقارنة وقائع القضيتين أن هناك خلافاً في الوقائع ؛ فهنا يكون له الحق في تمييز القضية المعروضة عليه ويحل له الخروج على حكم السابقة القضائية وبالتالي يسمح له بأن يعطى القضية المعروضة أمامه الحل المعقول .

وتعتبر وسيلة التمييز . إحدى الطرق التي برع فيها القضاة الإنجليز والتي استخدمت كإحدى وسائل تطوير القانون العمومى (Common Law) ؛ وخاصة بالتجاء هؤلاء القضاة إلى تلمس أية فروق بين القضية المعروضة عليهم ووقائع قضية السابقة الملزمة وقد ساعدتهم على ذلك تفرقهم التقليدية بين المبدأ الذى أقيم عليه الحكم (ratio decidendi) والأقوال الاستطراذية (obiter dictum) كما أن محاولتهم الحديثة جداً والمؤدية إلى أن الملمزم كسابقة قضائية هو الحكم (decision) وليس المبدأ الذى أقيم عليه الحكم (ratio decidendi) سهل لهم عملاً استبعاد كل سابقة لا يرتضونها . ودراصة التمييز ليست في الواقع سوى دراسة وتحليل هذه الفروق .

(١) دافيس : David, Le droit anglais, Paris 196٤ p. 21٠

١ - التفرقة بين الـ (*Obiter dictum*) والـ (*ratio decidendi*)

يفرق الفقهاء الانجليز بين نوعين رئيسيين من الأسباب التي يوردها القاضي في حكمه . فمن الأسباب ما يعتبر مبادئ قانونية كانت لازمة لقيام الحكم وتأسيسه ، ومنها ما كان مجرد استطراد من القاضي ، كان يمكنه الاستغناء عنه .

والأسباب أو المبادئ القانونية التي كانت لازمة لقيام الحكم (١) هي التي يطلق عليها (*ratio decidendi*) (٢) وهي التي تكون في الفقه التقليدي السابقة القضائية والتي تعتبر ملزمة للقضاة التاليين .

أما الأسباب التي ذكرت على سبيل الاستطراد فهي التي يطلق عليها اصطلاح الـ (*Obiter dictum*) (٣) وهذه الأسباب لم تكن لازمة لصدور الحكم واستبعادها لا ينقص تأسيس الحكم تأسيساً سليماً وإنما أوردتها القاضي على سبيل التزيد بصدده مناقشته لموضوع القضية .

والقاعدة ان المبادئ التي جاء ذكرها على سبيل الاستطراد لا تكون جزءاً من السابقة القضائية ولا تلزم القضاة التاليين بها . ولكن في بعض الأحيان قد تكون لهذه الأقوال الاستطردية قوة استثنائية وأدبية كبيرة تتناسب مع شهرة القاضي الذي أوردتها .

(١) أنظر الدكتور ليب شنب ، القانون المدق المقارن - خلاصة دروس العام الجامعي ١٩٦٧/٦٦ بحقوق الأكاديمية ، ص ٣٢ .

(٢) وقد عرفت موسوعة هالبري الـ *Ratio Decidendi* بقوله " *The ratio decidendi may be described as being the general reasons given for the decision or the general grounds on which it is based detached, or abstracted from the specific peculiarities of the particular case which gives rise to the case* " , *V. Halsbury's Laws of England*, Vol. XIX. ٤٧٠. *Judgments and orders*, London 1935, p. 252 not 1

(٣) طبقاً لقاموس Osborn (*ratio decidendi*) مجرد (*Obiter dictum*) بقصد اصطلاح أي أقوال ذكرت بالمناسبة أو « على المائى » اذا سمح لنا أن نستخدم هذا التعبير الشائع .

وتعتبر التفرقة بين المبادئ التانونية التي اقيم عليها الحكم ratio decidendi و الـ (obiter dictum) إحدى المهارات التي تفوق فيها القضاة والفقهاء الانجليزين وعن طريقها قاموا بدور كبير في التخفيف من اطلاقية الالتزام بالسابقة القضائية .. وكانت وسيلتهم في ذلك هي أن يضيفوا صفة الأقوال الاستطراذية على بعض المبادئ التي اقيم عليها الحكم المكون للسابقة إذا رأوا عدم تطبيق السابقة على وقائع القضية المعروضة عليهم .

الا أن الذي كان له أثر كبير في تسهيل تمييز القضايا ما قرره القضاة والفقهاء أخيراً من ضرورة التفرقة بين الـ (Ratio decidendi) والـ (decision) .

٢ - التفرقة بين المبدأ الذي قامت عليه السابقة (Ratio Decidendi) والحكم المكون للسابقة (Decision) :

لم تظهر هذه التفرقة الا حديثاً جداً وفي الستينات من هذا القرن . فعادة كان اصطلاح الـ (Decision) يستخدم كمرادف لاصطلاح الـ (Ratio Decidendi) . وكان يقصد بالاثنتين المبدأ القانوني الذي اقيم عليه الحكم ويكون كلاهما الجزء المازم من السابقة (١) .

الا أن بعض الفقهاء استخلص من حكم لورد (ريد) في إحدى القضايا الشهيرة

Midland Silicones Ltd. V. Scuttons Ltd. (1962) A.C. 434

انه يفرق بين الـ (Ratio decidendi) وبين الـ (Decision) :
ويقرر الفقيه (Cross) (٢) ان أساس التفرقة بينهما هو في ان الـ

(١) أنظر : (Cross) انقال السابق الإشارة اليه ص ١٢٠ ويلاحظ أن التعبير الذي يجرى أحياناً على أن المحكمة ملزمة بحكم معين (Bound by a decision) يستخدم في الحالات التي يجب فيها على القاضي حين ينظر القضية المعروضة أمامه أن يصل الى نفس النتيجة التي وصل اليها حكم سابق مدع حجية الشيء المحكوم فيه ومن هنا فاصطلاح الـ (decision) يعبر أحياناً عن قاعدة الـ (res Judicata) (حجية الشيء المحكوم فيه) . ويجدر عدم الخلط بين مبدأ الالتزام بالسابقة ومبدأ حجية الأحكام إذ أن حجية الحكم لا تقوم الا بين أطراف نزاع معين بالنسبة لموضوع معين ، أما السابقة فيكفي فيها تشابه الموضوع بين أطراف مختلفين
(٢) المقال السابق ص ٢١١ .

(ratio decidendi of a case) يتحدد على ضوء وقائع القضية التي
قدّر القاضى الذى أصدر الحكم أنها مهمة فى الدعوى (Material) بينما (decision
of a case) فإنه يتحدد على ضوء جميع وقائع القضية المهمة منها وغير
المهمة .

ولهذه التفرقة أهميتها بالنسبة لسلطة القاضى المعروضه أمامه النزاع المراد
البحث عن حل له من تقرير وقائع القضية التى صدرت بمناسبة السابقة القضائية :
لو قلنا ان المحاكم تلزم بالـ (ratio decidendi) فعنى ذلك أنها تتقيد بما اعتبره
القاضى الذى أصدر السابقة مهما من الوقائع ولا تملك حياله أى تقدير .
بينما إذا قلنا أن الذى يكون السابقة هو الـ (decision) فإن المحكمة التى
يعرض أمامها النزاع المشابه للسابقة تستطيع بحرية كاملة تكييف الوقائع
التي صدرت بمناسبة السابقة القضائية واعتبار بعضها مهماً والآخر غير مهم (١).

ويسهل حينئذ على القاضى الذى يعرض عليه نزاع معين أن يجد ما يفرق
بين هذا النزاع والنزاع الذى سبق أن صدرت بشأنه السابقة . ذلك أن القاضى
يستطيع إذا أراد عدم تطبيق حكم السابقة أن يقرر أن هذا الحكم قد صدر
أخذاً فى اعتباره واقعة معينة ليست لها نفس الأهمية فى القضية المعروضة عليه
وعن هذا الطريق توصل القضاء الانجليزى فى بداية الستينات من تخفيف
حدة الالتزام المطلق بالسوابق القضائية ، وخاصة إذا ربطنا ذلك بالاستثناءات
التي تقررت حديثاً على قاعدة الالتزام بالسابقة القضائية .

(١) المقال السابق ص ٢١١ . ويلاحظ أن هذا التطور يفتقر على كثير مما هو مستقر فى
الفقه والقضاء الانجليزى من كيفية معاملته الوقائع المهمة فى التطبيق والى استخلاص قواعدها
(Godhart) فى مقاله السابق :

Determining The Ratio Decendi of a case in *studying the law*
edited by Vanderbilt, new York, 1955, pp. 493 — 525,

والتي أسهمت فى اعداد جاهيز القانونيين فى بلاد المجموعة الأنجلو أمريكية منذ نشرها لأول مرة فى
سنة ١٩٣١ حيث نشرت ضمن مجموعة مقالات للمؤلف فى النظرية العامة للقانون :

Essays in Jurisprudence and the Common Law. Cambridge
University Press. 1931.

(الانيا) الاستثناءات التي تسمح بالخروج عن السوابق للزلة :

توصل القضاء الانجليزى إلى أن يحدد نطاق الالتزام بالسوابق القضائية التي يصدرها وذلك بتقريره في عدة أحكام مشهورة (١) الاستثناءات التي إذا توافرت شروطها فإنه يمكن للقاضي أن يحلل نفسه من الالتزام بهذه السوابق . وأهم هذه الاستثناءات هي :

١ - حالة صدور الحكم المكون للسابقة بدون تروكاف *Per incurium*

ومقتضى هذا الاستثناء أن المحكمة حين نجا. نفسها أمام حكم مكون لسابقة ملزمة تعتقد انه قد صدر مخالفاً للحكم القانون فإنها تستطيع أن تحلل نفسها من اتباعه وتطبق حكم القانون دون اعتبار للحكم المكون للسابقة إذ أن شرط اعتبار الحكم مكوناً لسابقة ملزمة هو أن يصدر موافقاً للقانون ويعد ترو وتضمن *Per curium* (١)

ويبرز هذا الاستثناء على أساس أنه إذا كان يشترط في الحكم الذي

(١) وأهم الأحكام التي عرضت لهذه الاستثناءات الحكم الصادر في قضية :

Young v. Bristol Aeroplane Company. the Law Reports, King's Bench Division (1944) K.B. 718.

Lord Greene M.R., scott, Mac kinln, Luxmoote. Goddard and du Percq. L. J.J.

والحكم الصادر في قضية : Browning v. War Office and another (1963)

The Law Reports Queens' Bench Division (1963) I Q.B. 750.

Lord Denning M.R, Donouan and Diplock L. J. J.

والحكم الصادر في قضية : Thomson inspector of Taxes, (1961) v. Moyse

A.C. 967. وكان حاضرا

Viscount simonds, Lord Reid, Lord Redclif Lord cahen and Lord Denning

أنظر في هذه الأحكام :

Cross, Store decisis in contemporary England, L.Q.R. 1966,
P. 203, 207 208.

(٢) وقد تقرر الاستثناء في قضية :

The London Street Tramways company V. The London County council
(1898) A.C. 375 (1)

يعتبر سابقة ملزمة أن يكون قد صدر بعد «ترو وتمعن» (١) -- (*per curiam*)
 ودراسة فاحصة ، فإن صدور حكم بدون هذا الترو المطاوب يجعله غير
 ملزم كسابقة قضائية . وبحق للقضاة اللاحقين أن يعدلوا عن المبادئ
 المقررة به بشرط أن يثبتوا أولاً أنه قد أخطأ وأن ما قرره ليس هو القانون (٢)
 ثم يحكموا وفقاً لما يروه أنه حكم القانون . ويعتبر أن الحكم المكون
 للسابقة قد صدر بدون ترو كاف إذا كان قد صدر مخالفاً لنص تشريعي
 أو حتى إذا صدر متجاهلاً حكماً سبق إصداره وكان يكون بالتالي سابقة
 ملزمة (٣) .

٢ - حالة التعارض بين السوابق القضائية (*Conflicting Cases*) :

ومقتضى هذا الاستثناء أنه إذا كانت القضية المعروضة أمام القاضي
 تشابه في وقائعها مع وقائع قضيتين أخريتين صدرت فيهما أحكام أسست
 على مبادئ (*rationes decidendi*) تتعارض فيما بينها فإن المحكمة
 المعروضة أمامها النزاع لها الحق في أن تختار من بين هذه المبادئ المبدأ
 الذي تراه مناسباً لحل القضية (٤) .

تلك القضية التي قرر فيها مجلس اللوردات لأول مرة التزامه المطلق بأحكام السابقة وبالذات حل
 لسان لورد هالبري (Lord Halsbury)

(١) أنظر الدكتور ليب شنب - المذكرات السابق الإشارة إليها - ص ٣٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) أنظر :

Dworkin article précité, p. 187. Hood Philips, op. cit. p. 129.

ويعتبر الحكم الذي صدر متجاهلاً لتشريع موجود ميباً لقيامه على خطأ في الوقائع
 (*a mistake of fact*) ، أنظر في ذلك :

Carleton Kemp. ALLEN, Law in the Making. Oxford, 4th. ed. 1946,
 p. 252 note.

(٤) وقد تقرر هذا الاستثناء في قضية (Young) السابق الإشارة إليها وجاء فيه :

"The Court is entitled and bound to decide which of two conflicting decisions of its own it will follow. "

وبالذات ص ٧١٩ K.B. 718 (1944) السابق الإشارة إليه .

أنظر : Cross, Stare decisis, L.Q.R. 1966, p. 204, note 5.

ولا شك أن هذا الاستثناء يتداخل مع الاستثناء الأول الخاص بالأحكام التي صدرت بلا تروكاف . بل ويتعارض معه في بعض الأحيان . وإن كانت المحاكم الإنجليزية قد جرت على اعتبار هذا الاستثناء قائماً بذاته منذ أمد طويل (١) بل وقد جرى قضاء هذه المحاكم حديثاً على التوسع في تطبيق هذا الاستثناء (٢)

(١) أنظر الأحكام المشار إليها في :

Dworkin, Rev. Inter. Dr. Com 1967, p. 187.

(٢) أنظر مقال (Cross) السابق الإشارة إليه ص ٢٠٥ حيث يحلل السوابق التي استند إليها الحكم في قضية :

(Ross-Smith V. Ross-Smith (1961) p. 39.

حيث قد أتبع محكمة الاستئناف أن تختار بين مبدأين متعارضين سبق لها أن قررتهما في أحكام سابقة متشابهة . وكانت نقطة الخلاف هي في مدى اختصاص المحاكم الإنجليزية بالنظر في دعوى بطلان زواج قابل للإبطال عقد في إنجلترا ولكن الزوجين لا يستوطنانها . وكانت محكمة الاستئناف قد قررت في قضية :

(Casey V. Casey (1933) p. 420.

دعوى بطلان زواج قابل للإبطال أبرم في إنجلترا متى كان الزوجان غير مستوطنين في إنجلترا وأن إقامة المدعى في إنجلترا ليست كافية لأحاطة المحاكم الإنجليزية باختصاص بنظر الدعوى .

أما في قضية (Ramsay-Fairfax V. Ramsay Fairfax (1956) p. 115.

فقد قررت محكمة الإستئناف اختصاصها بنظر دعوى بطلان الزواج سواء عقد الزواج في إنجلترا أم في غيرها وسواء كان الادعاء ببطلان الزواج أم بإبطاله إذ أنه يكفي لاختصاص المحكمة إقامة الطرفين في إنجلترا .

وجوزت عرضة على المحكمة قضية (Ross-Smith V. Ross-Smith.

قررت تطبيق الإستثناء الخاص بالسوابق المتعارضة على اعتبار أن قضية (Casey) تتعارض مع قضية (Ramsay-Fairfax) واختارت أن تتبع الحكم المقرر في قضية (Ramsay-Fairfax) وقضت على نسقه بأن المحاكم الإنجليزية تختص بأبطال الزواج القابل للإبطال إذا كان الزواج قد عقد في إنجلترا وكان المدعى يقيم بها وقت رفع الدعوى .

أنظر في تحليل هذه الأحكام والتحفظات التي ترد عليها :

مقال (Cross) السابق الإشارة إليه ص ٢٠٥ - ٢٠٦ .

٣ - حالة تعدد الأسباب التي أقيم عليها الحكم :

Cases with more than one ratio

تقرر هذا الاستثناء حديثاً جداً في بداية الستينات من هذا القرن ، ومقتضاه أن حكم السابقة إذا أقيم قضاءه على عدة مبادئ قانونية ، فإن للقضاة اللاحقين الحق في أن لا يتقبلوا بكل هذه المبادئ جميعاً وان يختاروا من بينها المبدأ القانوني الذي يتلاءم تطبيقه مع القضية المعروضة أمامهم (١).

وقد تقرر هذا الاستثناء في قضية (Browning V. War Office) التي سبق لنا الإشارة إليها ثم تأكد من جديد في قضية (Holmden's S.T.) التي صدر الحكم فيها في سنة ١٩٦٦ (٢) .

وهذا الاستثناء يتعارض صراحة مع ما سبق أن تقرر في قضية (Jacobs V.L.C.) (٣) التي صدر الحكم فيها في سنة ١٩٥٠ والتي جرى القضاء الإنجليزي على اتباع المبدأ الذي تقرر فيه حتى سنة ١٩٦١ (٤) والقاضي باعتبار جميع الأسباب التي يبنى عليها الحكم المكون للسابقة ملزمة للمحاكم في القضايا المشابهة .

(١) "The doctrine is that where a case has several rationes decidendi, (١) a court bound by that case is entitled to choose which ratio decidendi it will follow."

أنظر (Cross) في المقال السابق الإشارة إليه ص ٢٠٨ .

(٢) Holdmen's settlement Trusts (1966) 2 all E.R. 666

ويؤكد فيه لورد دانج (Denning) الذي يعتبر واضح هذا الاستثناء أنه إذا كان أحد الأسباب التي يقوم عليها الحكم غير ضروري لقيامه فإنه يعد كلاماً قليل بصفة عابرة (obiter dictum) ولا يلزم القضاة اللاحقين . كما أنه إذا دام الحكم المكون للسابقة على سببين وتبين أن أحدهما غلط فإنه يمكن أن الحكم أن تتحلل من هذا السبب ولا تلزم به .

(٣) (٢) A. C. 361. (1950) مشار إليه (Cross) المقال السابق ص ٢٠٨

ومقال (Dworkin) ص ١٨٨ هامش ٨١٧ .

(٤) أنظر الإشارة إلى هذا القضاء في مقال (Cross) ص ٢٠٨ .

ولا شك أن لهذا الاستثناء الجديد أهميته وخاصة في بلد جرى فيه القضاء على إصدار أحكام منفصلة (separate judgements) قد تكون متفقة (concurring opinion) (١) ولكنها قد تبني على أسباب متعددة ومختلفة ؛ وقد تكون متعارضة ، رغم أنهم يصلون إلى نفس النتيجة في حل النزاع المعروض أمامهم . ويؤدي هذا عملاً إلى أنه كلما كثرت الأسباب التي يقوم عليها حكم معين كلما كبرت فرصة الجبار أمام القضاء الثامن وقل التزامهم باتباع هذا السبب أو ذاك (٢) ويشير (Cross) (٣) إلى أن هذا الاستثناء الجديد الذي يبدو أن التمسك به سوف يوقع القضاء في بعض الاشكالات التي لا بد وأن توجد لها حلول في المستقبل . ويضرب مثلاً على ذلك ، حالة ما لو كنا أمام حكم سابق (١) صدر من محكمة الاستئناف ويرتكز على عدة أسباب قانونية ١ و ٢ و ٣ وأنه حين عرضت القضية المشابهة (ب) أمام نفس المحكمة اختارت من بين أسباب القضية (أ) السبب (٢) فقط واقامت عليه قضاؤها فإما هو الحل فيما لو عرضت قضية مشابهة ثالثة (ج) هل تنفذ المحكمة باتباع ما سبق أن قررت في القضية (ب) أم أنها تستطيع أن تختار وأن تقم قضاؤها على السبب رقم (٣) في القضية (أ) (٤) ؟

٤ - حالة العدول الضمني من محكمة أعلى عن مضمون السابقة

implied overruling

بمقتضى هذا الاستثناء تتحلل المحكمة من السوابق القضائية التي أصدرتها إذا كان الحل الذي أخذت به في هذه السوابق قد عدلت عنه ضمناً محكمة

(١) أنظر في تحديد هذه الإصطلاحات مقال الدكتور محمد عبد الخالق عمر في مقاله : وحده الرأي وتعددته في الحكم القضائي . مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣٦ العدد ٣ ص ٥١٤ - القاهرة ١٩٦٦ .

(٢) مقال (Dworkin) ص ١٨٨ .

(٣) المقال السابق الإشارة إليه ص ٢٠٨ .

(٤) حيث يشير إلى : Dias, Jurisprudence, 2nd. ed., et P. 42.

(٥) أنظر (Cross) المقال السابق ص ٢٠٨ .

أعلى منها (١) فقد يثبت قضاء محكمة الاستئناف (Court of Appeal) على مبدأ معين تواترت عليه السوابق القضائية التي أصلورتها ثم يأتي مجلس اللوردات في قضية مشابهة لتلك التي عرضت على المحاكم الاستئنافية فيعدل عن هذا المبدأ المستقر ضمناً. ويلاحظ أن المسألة ستكون سهلة دون اشكالات، لو عدل مجلس اللوردات صراحة وقرر عدم اتباعه لما استقرت عليه أحكام محكمة الاستئناف (٢) ، ولكن الصعوبة الحقيقية في هذا المجال تكون في تحديد ما إذا كنا حقيقة أمام عدول ضمنى ؛ إذ أنه يكون من الصعب عادة معرفة ما إذا كان المبدأ الذي قرر في القضية (د) مثلاً قد عدل عنه في القضية (هـ) التي صدر فيها حكم من محكمة تملك العدول عن المبدأ الذي سبق تقريره في القضية (د) .

وقد وجد هذا الاستثناء تطبيقاً له في قضية :

(Browning V. War Office (1963) Q.B. 750

والتي سبق أن أشرنا إلى أنها كانت المناسبة لتقرير بعض الاستثناءات التي خففت من حدة الالتزام المطلق بالسوابق القضائية (٣) .

(١) وفي هذا المجال يجب عدم الخلط بين عدول المحكمة الأعلى من مبدأ جرت المحاكم الدنيا على اتباعه ، والغاء (revers) المحكمة الأعلى لحكم صدر من المحكمة الدنيا وطعن فيه أمام المحكمة الأعلى المختصة فلم تؤيده المحكمة الأعلى فألغته . أنظر هذه التفرقة في :

O. Hood Philips' op. cit. p. 140.

حيث يشير الى :

Receiver for Metropolitan Police District V. Croudson Corporation (1957) 2 Q.B. 145.

التضاه : Lord Goddard Horris L.J. and Vaisey J.

(٢) أنظر مقالة (Cross) السابق الإشارة إليه ص ٢٠٦٧ .

(٣) ففي هذه القضية قررت أغلبية محكمة الاستئناف أنه يجب أن يخضع من مبالغ الترميم الذي يستحقه المضرور من المشلول قيمة ما سيحصل عليه من معاش من الجهة التي يتبعها وكان المصاب جندياً أمريكياً قرر له معاش المبز (a disablement pension) . وهذا

٥ - العلول التشريعي عن المبدأ الذي طبقته السوابق القضائية :

(Decisions overruled by statute)

وعلول المحاكم عن مبدأ سبق لها تقريره إذا ما صدر تشريع جديد يتعارض مع هذا المبدأ لا يثير لدينا أية صعوبة نحن الذين نعيش في ظل نظام مقنن يتقلد فيه التشريع المركز الأول بين مصادر القانون . ولكن في بلاد القانون العمومي (Common Law) حيث مازال القضاء يحتل مركزاً مرموقاً ، لم يتأكد هذا الحل بحكم قضائي إلا في بداية الستينات من هذا القرن وفي قضية (Thomson V. Moyse (1961 A.C. 967.) (١) السابق الإشارة إليها حيث كانت القضية تتعلق بنزاع ضريبي وكان مجلس اللوردات قد سبق أن أصدر حكماً في الموضوع المعروض عليه في القضية ولكن بعد

الحكم خروج صريح على ما سبق أن قررته نفس المحكمة في قضية :

Payne V. Railway executive (1952) I.K.B. 56.

والتي رفضت فيها محكمة الاستئناف أن تخضع من مبلغ التعويض المستحق لمصاب قيمة المعاش الذي حصل عليه من البحرية الإنجليزية التي كان يعمل فيها . واستندت أغلبية القضاة في هذا الخروج الصريح على علول مجلس اللوردات الفهمي من هذا المبدأ في قضية :

Gourley V. British Transport (1956) A.C. 185.

Earl Jowitt, Lord Goddard, Lord Keith Lord Radcliffe, Lord Tucher
Lord Keith of avonholm and Lord Somervell of Harrow.

والذي قرر فيه مجلس اللوردات أنه يجب أن يخضع من مقدار التعويض من الكسب الفائت المبلغ الذي كان سيدفعه المضرور من ضرائب فيما لو كان حصل على هذا الكسب . انظر في تحليل هذا القضاء ومدى توسع هذا القضاء في تطبيقه للاستثناءات التي تورد على الزامية السابقة القضائية

مقال (Cross) السابق الإشارة اليه ص ٢٠٧ حيث يقرر ان حكم مجلس اللوردات في قضية (Gourley) لم يشر إطلاقاً إلى الحكم الصادر في قضية (Payne) . كما أن موضوع استنزل المبلغ من التعويض في قضية (Gourley) بمبالغ كان من المفروض أن يلتزم بها المضرور قبل الغير فيما لو لم يقع الضرر ، بينما المسألة تتعلق في قضيتي (Payne) و (Browning) بمبالغ يتهمه الغير بدفعها للمضرور بخلاف التزام المشوّل بتعويض الضرر الواقع .

(١) مشار اليه في (Cross) المقال السابق الإشارة اليه ص ٢٠٨ وحيث يقرر ان الاهتمام إلى هذا الاستثناء في وقت مبكر كان كفيلاً بادخار طاقات كثيرة بذلت في قضايا

صلى الله عليه وسلم هذه الأحكام صدر تشريع يقضى بعكس ما جاء فى هذين الحكمين ؛
وهنا قرر قضاة مجلس اللوردات أن أحكامهم السابقة تصبح غير ملزمة
لهم طالما أن هناك تشريعاً جديداً جاء بما يخالفهما (١) .

٦ - حالة السوابق التى تقوم على مبادئ غامضة تتعارض مع أحد
المبادئ العامة أو كانت أوسع من اللازم :

هذا أحد الاستثناءات الحديثة التى يرجع الفضل فى تقريرها إلى لورد
(Reid) ولورد (Denning) ومقتضى هذا الاستثناء أنه إذا كان الحكم
السابق يقوم على مبدأ قانونى (ratio decidendi) وكان هذا المبدأ
غامضاً (obscure) أو كان يتعارض مع أحد المبادئ العامة (contrary
to principle) أو كان أوسع مما تحمله وقائع القضية (too wide)
فانه يجوز للقاضى الذى يعرض عليه النزاع الا يتقيد بالسابقة القضائية
التي قامت على مثل هذا المبدأ .

وقد تقرر هذا الاستثناء فى قضية من أهم قضايا المبادئ فى السنين
الأخيرة وهى قضية : (Midland Silicones Ltd. V. Scruttons Ltd.)

ويعتبر أوسع الاستثناءات وهو يختلط تماماً مع وسيلة التمييز وتجلو
الإشارة الى انه بصدد هذا الاستثناء المقرر فى هذه القضية توصل الفقه إلى التفرقة

سابقة كان من السهل حلها على ضوءه كما فى حالة قضية (Derry V. Peek) التى صدر
الحكم فيها فى سنة ١٨٨٩ بينما كان قد صدر تعديل تشريعى قبل ذلك بسنة .

(١) فلورد ديننج يقرر :

“The decisions have been reversed by Parliament and they can
no longer be regarded as of binding authority; nor can the reasons on
which they were based”

مشار إليه فى مقال (Cross) ص ٢٠٩ .

(٢) (1962) A.C. 446. وقد جاء بحكم لورد لويد :

“There are at least three classes of case where we are entitled to
question or limit it :—

first where it is obscure, secondly where the decision itself is out of line

بين المبدأ القانوني الذي أقيم عليه الحكم ratio decidendi وبين الحكم المكون للسابقة Decision وقد سبق أن رأينا الآثار الهامة التي سترتب على هذه التفرقة بصدد التخفيف من حدة اطلاقية الالتزام بالسابقة القضائية .

الخلاصة:

بعد دراسة الوسائل التي استخدمها القضاء الانجليزي للافلات من الالتزام بالسوابق القضائية قد يكون من المناسب أن نعرض لما وصلت إليه قاعدة الالتزام بالسابقة القضائية قبيل صدور الاعلان الذي أباح لمجلس اللوردات الخروج صراحة على أحكامه السابقة .

وقد قام أحد الثقات في موضوع السوابق القضائية وهو (كروس) بنشر مقال قبل صدور هذا الاعلان بثلاثة أشهر (١) يحدد فيه الوضع الذي وصلت اليه قاعدة الالتزام المطلق بالسوابق القضائية ملخصا لموقف القضاة الانجليز تجاه هذه القاعدة كالآتي :

(أولا) إذا كان القاضي لا يجد غضاضة في تطبيق المبدأ القانوني الذي اقيمت عليه السابقة القضائية على وقائع القضية المنظورة أمامه فما عليه الا أن يطبق ذلك المبدأ ولن تكون هناك مشكلة أو صعوبة غير عادية في ذلك .

(ثانيا) إذا وجد القاضي نفسه غير راض عن المبدأ القانوني المقرر في السابقة القضائية فان cross ينصحه بأن يجهل كل ما قبل عن الـ (Ratio decidendi) وما عليه الا أن يجهد نفسه في أن يصل إلى تمييز

with other athrowities or stablished principle, and Thirdly when it is much wider than was necessary for the decision so that it becomes a question of how far it is proper to distinguish decision the earriier decisions,

مشار اليه بمقال (Cross) ص ٢١٠ .

(١) وهو المقال الذي اشرنا اليه كثيراً :

Stare decisis in contemporary England.

معقول يستطيع أن يميز به قضيته عن القضية التي صدر فيها المبدأ ولا يهم هنا ما إذا كانت الوقائع قد اعتبرت مهمة في نظر القاضي أو القضاة الذين أصدروا الحكم المكون للسابقة القضائية .

(ثالثاً) لا يجب أن يعتبر القاضي نفسه ملزماً بالحكم المكون للسابقة القضائية إذا اقتنع بأن الحكم غامض أو يتعارض مع بعض المبادئ القانونية المستقرة أو أنه أوسع مما يجب . وفي هذه الحالة يكفي أن يلتجأ القاضي إلى تمييز معقول يميز به قضيته عن القضية التي صدر فيها الحكم السابق .

(رابعاً) يستطيع القاضي أن يخرج عن حكم السابقة القضائية حتى بدون أن يستخدم وسيلة «التمييز» إذا اقتنع أن الحكم في القضية السابقة قد صدر بدون ترو كاف (per incuriam) أو أنها تتعارض مع أحكام أخرى صدرت من نفس المحكمة أو أنه قد عدل عن المبادئ التي تضمنتها من محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم المكون للسابقة أو كان قد صدر تشريع جديد يغير في ما احتواه هذا الحكم من مبادئ . وأخيراً إذا تحقق القاضي أن الحكم يقوم على عدة مبادئ قانونية فله أن يختار مبدأ من بين هذه المبادئ يلزم نفسه به دون غيره .

من هذا يبين أن القاعدة التقليدية في الالتزام المطلق بالسابقة لم يعد منها إلا اسمها وأنه يمكن القول أنه قبيل صدور إعلان مجلس اللوردات بالعدول عن هذه القاعدة في حالة الضرورة كانت القاعدة قد دخلت في دور الانقراض الحقيقي .

الفرع الثاني

اعلان عدم الالتزام المطلق بالسوابق القضائية

حل عام ١٩٦٦ والاذعان مهية للعلول عن ما كان يجرى عليه العمل بالنسبة لقاعدة السابقة القضائية . وكان الخلاف في التوقع لا يقوم الا بالنسبة للطريقة التي سيتم بها هذا العلول : هل ستقدم حكومة العمال على الغاء مجلس اللوردات وبالتالي تزول أعلى درجة من درجات التقاضى في انجلترا وهنا تستطيع المحاكم الأخرى أن تفلت من رقابته بالنسبة للالتزام بالسابقة القضائية ؟ أم سيصدر قانون من البرلمان يلغى هذه القاعدة العتيقة التي مسخت في العمل ؟ أم أن مجلس اللوردات نفسه سيصدر حكماً يخرج فيه صراحة على هذه القاعدة التي وضعها لنفسه ؟.

وهكذا كان الجميع يتربص شيئاً ما بالنسبة لقاعدة السابقة الملزمة وان كان الشكل الذي يأخذه هذا الاجراء مجهولاً .

وقطع هذا الترقب ، صدور الاعلان الذي أوردناه في بداية هذه الدراسة في ٢٦ يوليو ١٩٦٦ والذي أعلن فيه رئيس مجلس اللوردات عزم المجلس على الخروج عن السوابق القضائية التي سبق اصدارها في الحالات التي يرى فيها ضرورة لذلك وهذا بالرغم من تأكيد مقدمة الاعلان على أن نظام السابقة القضائية يعتبر أحد الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الانجليزي^(١).

وصلور هذا الاعلان يثير كثيراً من المشكلات التي لابد أن نتعرض

(١) أتمدنا اساساً في تحرير هذا الفرع على المقالات الحديثة التي تعرضت للموضوع هي :

A.L.G. "The abolition. of the absolute precedent in the House of Lords" L.Q.R. 1966 p. 441, et s.

Gerard Dworkin, un adoucessement de la théorie de stare deciss à la Chambre des lords, Revue Internationale de droit comparé, 1967 p. 190 et S.

لها وبالذات لابد من أن نتعرض لبحث مدى دستورية هذا الاعلان ، ثم نبحث النتائج المرتقبة والتي سترتب على صدوره وبعبارة أخرى نطاق التعديل الذي جاء به هذا الاعلان .

وقبل دراسة هذه المشكلات لابد أن نتعرض للأسباب المباشرة التي أدت إلى الاسراع بصدور الاعلان .

(أولاً) الأسباب المباشرة لعدول مجلس اللوردات عن تقيده بالسوابق القضائية :

تجمع كتابات الفقه (١) التي تعرضت لاعلان ١٩٦٦ والذي أباح فيه مجلس اللوردات لنفسه أن يخرج على السوابق القضائية إذا وجد مبرراً قوياً لذلك ، على أن تطور القضاء الاسترالي في السنوات التي سبقت صدور الاعلان كان احد الأسباب الهامة والقوية التي عجلت بصدور الاعلان ، ولذا فيمكن اعتبارها السبب المباشر له .

ذلك أن محاكم استراليا ونيوزيلنده كانت قد أضحت المحاكم الوحيدة تقريباً من بين محاكم دول الكومنولث التي ظلت تلزم نفسها بقضاء مجلس اللوردات البريطاني (٢) .

ولكن المحكمة العليا الاسترالية قد خرجت في الأربع سنوات الأولى من العقد السادس من القرن العشرين أربع مرات على أحكام مجلس اللوردات وبلغ الأمر برئيس المحكمة العليا الاسترالية أن قرر أن الالتزام المطلق بنظام

(١) المقالات السابق الإشارة إليها .

(٢) ولم يكن احترام المحاكم في دول الكومنولث لأحكام مجلس اللوردات البريطاني راجعاً إلى قاعدة قانونية تلزمها باتباع أحكام هذا المجلس وخاصة أن أحكام هذه المحاكم لم يكن يعين فيها أمام مجلس اللوردات وإنما أمام المجلس الخصوص (Privy Council) . ولكن نظراً لأن قضاء الهيئة القضائية لمجلس اللوردات هم أنفسهم القضاة الذين يتكون منهم المجلس الخصوص فكان هذا دافعاً لمحاكم الكومنولث أن تسيروا وراء السوابق القضائية التي قررها مجلس اللوردات حتى لا تتعرض أحكامها للالغاء حين تعرض على المجلس الخصوص .

الناطقة القضائية يعتبر عملاً منافياً لاعتبارات العدالة كما يتمثلها القضاء
الاسترالي (١) .

هذا الموقف الخطير من جانب المحاكم الاسترالية كان نقطة التحول
الرئيسية التي أدت إلى أن يعقد مجلس اللوردات عزمه على أن يخلص نفسه
من قيد الالتزام بالسوابق القضائية حتى لا يحدث فجوة بين أحكامه وأحكام
محاكم الكومنولث .

فلكى لا يعزل مجلس اللوردات نفسه عن التيارات القانونية في دول
الكومنولث التي بدأ يهتم بها وان كان بعد فوات الأوان (٢) كان لابد
من أن يسمح لنفسه بقليل من الحرية في تطبيقه للسوابق القضائية ومن هنا
كان الاعلان الصادر في ٢٦ يوليوسنة ١٩٦٦ والذي سمح فيه مجلس اللوردات

(١) وكان هذا بصد قضية (Smith) التي أعطى فيها مجلس اللوردات لقتل ترميماً جديداً
وادخل فيها عنصرًا جديداً . أنظر فيما بعد ص ٥٤ هاش ٢ .

(٢) فاهتمام مجلس اللوردات بأحكام محاكم بلاد الكومنولث جديد وجدير بالتأمل ذلك
لأنه في الفترة التي كانت قوة الامبراطورية البريطانية غير مشكوك فيها كان مجلس اللوردات
لا يميز أي انتباه إلى أحكام محاكم بلاد الدومينيون التي أصبحت فيما بعد داخلة في الكومنولث
بعد حصولها على الإستقلال . وكانت هذه المحاكم لا تجد غضاضة في اتباع أحكام مجلس اللوردات .

ولكن مع حركة الإستقلال وزوال سلطان إنجلترا على مستعمراتها انشأت في بعض دول
الكومنولث محكمة عليا ولم يعد يسمح برفع الطعون أمام المجلس المخصوص في لندن .

هنا تبرزت نفسية قضاة مجلس اللوردات إذ بدأوا يحرصون على تقارب وجهات النظر بين
أحكامهم وأحكام بلاد الكومنولث بل وبدأوا يأخذون المبادرة في استضافة قضاة المحاكم العليا
في بلاد الكومنولث وتسموا ببعضهم في أن يصبح عضواً في الهيئة القضائية للمجلس المخصوص .

ولكن كل هذه المحاولات لم تنجح في توقف التطور الطبيعي نحو استقلال محاكم البلاد
المستقلة حديثاً عن أحكام المحاكم الدولة التي سادت هذه البلاد . بل ان اقتراح اللورد المستشار
« جاردنر » الذي قدم في أثناء انعقاد المؤتمر القانوني للول الكومنولث والإمبراطورية الذي عقد
في سيدني بأستراليا في سنة ١٩٦٦ - في أن يقيم هيئة قضائية عليا تعتبر محكمة استئنافية متنقلة بين
بلاد الكومنولث لم يحظ بأي تحمس من جانب رجال القانون في أستراليا .

انظر : Dworkin, R.J.D.C., 1967, p. 194.

لنفسه في الخروج على السوابق القضائية إذا وجد مبرراً قوياً لذلك . ويرى
الفقه أن وجود اتجاه عام للقضاء في بلاد الكومنولث في موضوع معين سيكون
دافعاً قوياً لمجلس اللوردات في أن يخرج عن أحكامه السابقة حتى يتفق مع
هذا الاتجاه العام (١) .

(ثانياً) دستورية الإعلان :

من الطبيعي أن يثور التساؤل حول دستورية أو شرعية العلول عن قاعدة
السابقة المازمة . وهذا التساؤل ليس وليد الساعة وليس نتيجة لصدور الاعلان
الذي نحن بصدد دراسته . وانما يرجع هذا التساؤل إلى زمن بعيد حيث كان
يطرحه باستمرار أولئك الذين آمنوا منذ وقت مضى بعدم ملائمة قاعدة

(١) وفي هذا المجال يظهر بوضوح امثال في التطور الذي انتاب قاعدة الزامية السابقة القضائية
في إنجلترا وذلك التي أصابها في الولايات المتحدة كما يظهر بوضوح أيضاً مدى تأثير الدراسات
المقارنة حيث أظهرت مدى التشابه والتماثل في التطور الذي ينتاب قاعدة معينة في بلاد مختلفة
تتبع نظاماً قانونية متقاربة .

لقاعدة الزامية السابقة القضائية لم تتأكد في الولايات المتحدة الأمريكية نظراً لوجود النظام
الفيدرالي ووجود قضاء مستقل بكل ولاية من الولايات الخمسين بجانب القضاء الفيدرالي . ان
الإرتباط بالسوابق القضائية في مثل هذا النظام الفيدرالي يؤدي حتماً إلى نتائج عملية غير مرغوب
فيها وبالذات سيكون عقبة في سبيل تنسيق القواعد القانونية المطبقة في الولايات المختلفة .
مع أن مقتضيات ازدهار التجارة والمعاملات توجب هذا التوحيد والتنسيق .

وذلك لأنه في ظل الالتزام المطلق بالسابقة القضائية سيكون من الصعب على محاكم ولاية
معينة أن تأخذ بمبدأ يقرر في محاكم ولاية أخرى إذا كان قد سبق لها أن قررت مبدأ مخالفاً
رغم اعتقادها بصدقه وملاءمته .

وهذا مؤداه أن محاكم كل ولاية تصبح حبيسة لفضائها السابق ما يترتب عليه حرج كبير
للمتقاضين وخاصة إذا سارت محاكم الولايات الأخرى على قواعد مختلفة بالنسبة لنفس الموضوع
وقد يصل إلى درجة من الإخلال بمبدأ المساواة بين أفراد الدولة الواحدة أمام القانون .

انظر في نظام السابقة في الولايات المتحدة :

André Tunc, Le droit des Etats Unies d'Amérique, Paris 1955,
pp. 108 — 181.

السابقة الملزمة والذين كانوا يبحثون عن خير طريق لتقرير العدول عنها . وقد كان هناك اتجاهان متعارضان (١) .

فقد كان البعض يرى أنه لا يمكن لمجلس اللوردات أن يتدخل من أحكام قاعدة السابقة القضائية الملزمة وأن الطريق الدستوري الوحيد لإلغاء هذه القاعدة هو إصدار قانون من البرلمان يقرر إلغاء قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية . وطبقاً لهذا الاتجاه تعتبر مخالفاً للقانون أى حكم يخرج صراحة على سابقة قضائية أو يقرر فيه القضاء عدم التزامه في المستقبل بالسوابق القضائية (٢) .

وعلى عكس هذا الرأي ذهب بعض الفقهاء في القانون الانجليزي ومنهم «سير فرديريك بولوك» إلى عدم وجود موانع دستورية تحول دون أن يعلن مجلس اللوردات تحله من رتبة الالتزام بالسوابق القضائية . وقد بينى هذا الاتجاه رأيه على أساس أن مجلس اللوردات حين يتخذ في هيئة قضائية فإنه لا يفقد صفته الأساسية وهي أنه جزء لا يتفصم عن مجلس اللوردات بوصفه مجلساً تشريعياً . وبالتالي فالهيئة القضائية لمجلس اللوردات حين تتخذ في الواقع تمثل مجلس اللوردات كله . ولما كان مجلس اللوردات له الحق في تعديل ما جرى عليه العمل في داخله من اجراءات . ولما كانت قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية لا تعدو أن تكون إحدى الوسائل أو الاجراءات التي جرى العمل (Practice) على اتباعها فمن هنا يحق لهذه الهيئة أن تعدل عنها أو تعدلها إذا وجدت أن الظروف توجب ذلك (٣) .

هذا هو النقاش النظري الذي ثار قبل صدور اعلان السادس والعشرين من يوليو سنة ١٩٦٦ وهو نقاش لم تعد له أية أهمية حالية ولن يلبث أن ينسى بعد زمن قليل (٤) وخاصة ان الطريقة التي تمخبرها رئيس مجلس اللوردات لاعلان العدول عن قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية طريقة وسطى تجمع بين خصائص العمل التشريعي وخصائص العمل القضائي .

(١) أنظر مقال A.L.G. السابق الإشارة اليه .

(٢) المرجع السابق الإشارة اليه .

(٣) مقال A.L.G. السابق الإشارة اليه .

(٤) نفس المرجع .

فقد صدر الاعلان قبل أن تصلر الهيئة القضائية لمجلس اللوردات حكمها في التفضايا المعروضة أمامها وعلى ذلك فالاعلان ليس له صفة الحكم إذ لم يرد في أحد الأحكام كما أنه ليس عملاً تشريعياً إذ لم يرد في صورة قانون برلماني . وإنما صدر في صيغة اعلان يقرر فيه مجلس اللوردات مجتمعاً في هيئة قضائية علويله عما جرى عليه العمل (Practice) من اعتبار السوابق القضائية ملزمة له وأنه سيستمع لندسه في المستقبل أن يعدل عن السوابق التفضائية التي تقرر في الماضي إذا رأى مبرراً لذلك (١) .

ولا شك أن هذه الطريقة التي تم بها هذا الاعلان موفقة كل التوفيق من حيث سرعة التغيير المرتقب ومن حيث استبعاد أية شبهة حول العمل الذي تم به العدول عن القاعدة . فمن ناحية لم يصدر الاعلان في صورة حكم قد يثور التساؤل حول مخالفته للقانون في يوم من الأيام كما أنه لم يختار الطريق التشريعي إذ أن انتظار استصدار قانون من البرلمان قد يعطل التعديل نظراً لأن البرلمان قد لا يهتم بمثل هذه التعديلات ذات الطابع الفني حيث لا تتم برلمانات اليوم الا بالمشكلات اليومية الأكثر إلحاحاً .

(ثالثاً) جهات القضاء التي لها حق الخروج على السوابق الملزمة :

سبق أن أوضحنا نطاق اعمال قاعدة السابقة القضائية الملزمة في النظرية التقليدية ويجب علينا الآن أن نبحت نطاق التعديل حيث أننا بدراسته نتعرف على النطاق الجديد لقاعدة الزامية بالسابقة القضائية .

أوضحت الفقرة الأخيرة من بيان رئيس مجلس اللوردات ان التغيير الذي حدث بالنسبة لما جرى عليه العمل في مجلس اللوردات من تقرير لامكانية العدول عن السابقة القضائية ولا يغير مطلقاً فيما جرت عليه جهات القضاء الأخرى غير مجلس اللوردات .

ومقتضى هذا أن محكمة الاستئناف والمحكمة العالية تظلان ملزمتان بما جرت

(١) انظر مقال A. L. G. السابق الاشارة اليه

عليه تقاليدهما سواء من حيث التزامهما بالسوابق التي أصدرها مجلس اللوردات أو بالسوابق التي سبق لهما إصدارها في الحدود التي سبق لنا عرضها في القسم الأول من هذا المقال .

ولكن الفقه رغم ذلك أثار التساؤل حول قدرة هذه المحاكم مستقبلا في تغيير ماجرت عليهم من اتباع للسوابق القضائية . وفي هذا المجال يجب التمييز بين قدرتها على الخروج على السوابق القضائية الصادرة من مجلس اللوردات وقدرتها على الخروج على السوابق القضائية التي أصدرتها هذه المحاكم نفسها .

١ - بالنسبة للسوابق التي أصدرها مجلس اللوردات : من المؤكد ان الاعلان لن يؤثر على التزام محكمة الاستئناف أو المحكمة العالية أو المحاكم في اتباع السوابق القضائية الصادرة من مجلس اللوردات . فاذا خالفت أحدها من هذه السوابق كان ذلك منها خطأ في تطبيق القانون . ولا يمكن هنا لمحكمة دنيا أن تبرر خروجها على حكم سابقة أصدرها مجلس اللوردات في أن هذا المجلس سوف يعدل عن حكمه حين يعرض الأمر عليه ذلك لأن مثل هذا التفكير فيه اهدار لليقين الذي يجب أن يتميز به النظام القانوني ، وكل ما تستطيعه المحاكم دون مجلس اللوردات أن تنصاع للأحكام التي قررتها الهيئة القضائية للمجلس حتى ولو كانت غير مؤمنة بعدالة الحل أو عدم ملامته ولكن في نفس الوقت تسمح بأن يظعن في حكمها أو توصي مجلس اللوردات بنقض حكمها ، وهذا أمر غير نادر الحدوث .

٢ - ولكن ما هو الحل بالنسبة للأحكام التي صدرت من نفس هذه المحاكم هل تستطيع محكمة الاستئناف أن تقرر مثلا عدم التزامها بالأحكام التي سبق لها هي إصدارها ؟

يتجه الفقه إلى أنه يجوز لها ذلك . بل يقرر البعض انه من المأمول أن يتم لها ذلك في أقرب وقت (٢) . ويقررون انه سيكون من المؤسف أن يكون

(١) انظر سابقا

(٢) انظر

القرار الثوري الذي أصدره مجلس اللوردات مانعاً من أحداث هذا التطور بالنسبة لمحكمة الاستئناف . وخاصة ان الغالبية العظمى من المنازعات تنتهى بحكم محكمة الاستئناف (١) .

وعلى ذلك يمكن القول بأن الاعلان الأخير يسمح لمجلس اللوردات فقط بالخروج على السوابق القضائية الى أصلها ولكن هذا لا يعنى محكمة الاستئناف (Court of appeal) ولا المحكمة العالية (High Court) ولا المحاكم الأخرى الدنيا من اتباع السوابق القضائية التى صدرت عن مجلس اللوردات ، كما تظل المحكمة العالية ملزمة باتباع السوابق القضائية التى صدرت عن محكمة الاستئناف .

ولكن محكمة الاستئناف والمحكمة العالية تستطيعان تقرير عدم التزامهما المستقبل بما سبق لهما إصداره من أحكام .

ونعتقد انه يمكن أن تقرر المحكمة العالية أولاً تحليلها من سوابقها القضائية قبل أن تقرر محكمة الاستئناف ذلك بالنسبة لأحكامها .

(رابعا) آثار الاعلان على تطور النظام القانونى الانجليزى :

قلنا ان اعلان ٢٦ يوليو سنة ١٩٦٦ يسمح لمجلس اللوردات وحده بأن يخرج على حكم سابقة قضائية إذا وجد من الظروف ما يحتم ذلك . ومعنى هذا ان قاعدة الالتزام المطبق بالسابقة القضائية تعتبر قد ألغيت ضمناً بالنسبة لهذا المجلس . ولكن هل معنى ذلك أن النظام القانونى الانجليزى عرضة لتطورات خطيرة نتيجة لهذا العلول عن قاعدة السابقة الملزمة ؟

هذا التساؤل ليس وليد الساعة وإنما طرحه الكثيرون قبل صدور الاعلان الذى نحن بصددده ، تماماً كما كانوا يتساءلون عن مدى دستوريته . وقد كانت الآراء متقسمة . فالبعض كان يعتقد ان العلول عن قاعدة الزامية السابقة

(١) أنظر دافيد - القانون الانجليزى السابق الإشارة اليه ص ٧٢ و ٧٣

سيؤدى حتماً إلى تقويض البناء الضخم الذى يتكون منه القانون العمومى
(Common Law) والقانون الانجليزى عموماً (١) .

بينما كان البعض الآخر أكثر تفاؤلاً وميلاً إلى أن يهون من شأن النتائج
التي قد تترتب على هذا التنوير . ويدللون على اعتقادهم هذا بأن القضاء
الانجليزى لم يعدم الوسيلة في أن يخرج على السوابق القضائية التي كان من
المفروض أن يلتزم بها متى قلر أن الحلول التي جاءت بها غير عادلة أو
غير مقبولة . واستخدم القضاء الانجليز لطريقة التمييز والتفريد (distinction)
والانحطافهم إلى الاستثناءات الكبيرة التي عرضنا لها سابقاً .. كل هذا أدى إلى
ان السوابق القضائية لم تكن لها قبل التعديل سوى قوة استثنائية هادية أو قوة
اقتناع وليست على وجه اليقين قوة الزام ومع ذلك فلم يشط القضاء الانجليزى
ولم يفترض بناء القانون العمومى .

وأنصار هذا الرأي الأخير -- ورأيهم هو الراجح -- يرون أن التعديل
الجديد لن يغير كثيراً من الأمور بل سيكون له فضل في أن يكون
هناك توافق بين القاعدة القانونية وبين ما جرى عليه العمل فعلاً : أى توافق
بين قاعدة الخروج عن السوابق القضائية وبين ما جرت عليه المحاكم فعلاً .

ونعتقد انه لن يترتب على الاعلان تغييرات ثورية كثيرة نظراً لأن
القضاة بطبيعتهم في شتى بلاد الأرض يميلون إلى التحفظ ويتأون عن التطرف
وبالتالى فلن يلجأ كبار قضاة الانجليز إلى الخروج عن أحكام السوابق القضائية
إلا في حالة الضرورة الملحة.

وقد أشار الاعلان صراحة إلى نقطتين أكد فيهما حرصه على استقرار
المعاملات والحفاظ على اعتبارات اليقين التي يجب أن تسود العلاقات الاجتماعية

(١) انظر :

A.L.G. The abolition of the absolute precedents in the House of
Lords, L.Q.R., 1966, p. 441.

ومن هنا إشارة مجلس اللوردات إلى أنه سوف يراعى ألا تكون لأحكامه آثاراً تنبسط على الماضي .

كما قرر أنه سيعطى عناية خاصة لعنصر اليقين وخاصة بالنسبة لقواعد القانون الجنائي التي يجب أن تتمتع بالاستقرار وعدم الاضطراب . وبالمذاق مراعاة مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . وإذا كانت إشارة الاعلان إلى اليقين الذي يجب أن يسود قواعد القانون الجنائي قد أثارت دهشة الكتاب وتشككهم (١) ألا أنهم أولوا الإشارة إلى الحرص على ألا يكون للعدول

(١) المرجع السابق .

(٢) وترجع هذه الحجة وهذا التشكك لأكثر من سبب . إذ أنه لا يوجد مجال يخرج فيه مجلس اللوردات عن بعض المبادئ المستقرة كـ: نيل بالنسبة للتضايقات المتعلقة بالتدوين الجنائي وقد كان هذا الخروج محل نقد شديد ليس في إنجلترا فقط وإنما في بلاد الكومنولث أيضاً .

انظر :

Dworkin, R.I.D.C., 1967, p. 192.

A.G., The abolition of the absolute precedent, L.Q.R. 1966

وقد سبقت الإشارة إلى أن الحكم الذي أصدره مجلس اللوردات في قضية (Smith) سنة ١٩٦١ كان سبباً في أن تخرج المحكمة العليا الإستراتيجية عن احترام أحكام مجلس اللوردات لأول مرة وكان هذا سبباً مباشراً في أن يبدل مجلس اللوردات نفسه من قبة الالتزام المطلق بالسوابق القضائية . ويتعلق هذا الحكم بتمريف العنصر المعنوي وانقضاء الجنائي في جريمة القتل الذي اعطاه مجلس اللوردات مدلولاً موضوعياً لا لأدانياً كما كان الحال في الماضي .

كأن حكم المجلس الذي أصدره في قضية .

وأقر فيه وجود جريمة بالاتفاق الإثم من أجل إفساد الآداب اثر استغراب الكثيرين نظراً لتعارض ذلك مع مبدأ أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص

انظر : Dworkin, R.I.D.C 1967, p. 291

كما أن اللورد شانسلي جردنر (Gardiner) وهو الذي أعلن بيان العدول عن الالتزام بالسوابق القضائية يخرج حديثاً على مبدأ سارت عليه طيلة قرن ونصف المحاكم الإنجليزية بالنسبة للجريمة التي يطلق عليها (affray) وأبان فيها أنه إذا كانت المحاكم الإنجليزية قد جرت وراء رأي بلا كستون الذي لا يستند إلى أية حجة قانونية فإنه ليس من المعقول الاستمرار في الخطأ متى ظهرت حقيقته .

على أحكام السوابق القضائية أى آثار بالنسبة للماضى ، أهمية خاصة وبدأوا يفكرون فى ضرورة إيجاد بعض القواعد التى تحل التنازع بين الأحكام من حيث الزمان كما هو الحال بالنسبة لقواعد التنازع بين القوانين من حيث الزمان . ويرون انه من الأفضل أن يحدد مجلس اللوردات أن عدوله عن مبدأ قورته سوابق قضائية فى الماضى ، لن يكون له من أثر الا بالنسبة للمستقبل . أى أن العدول سيكون له أثر مباشر فقط (إذا استخدمنا اصطلاحاتنا القانونية ذات الأصل اللاتينى) وبالتالي تظل التصرفات القانونية التى تمت قبل صدور حكم العدول عن السابقة محكمة بالقواعد المقررة فى السابقة القضائية قبل تعديلها ، وبهذا يتفق حكم تنازع القواعد القانونية المستمدة من الأحكام فى الزمان مع حكم تنازع القواعد التشريعية فى الزمان (١) .

من هذا يتبين مدى صدق دهشة المعترضين على الإطمين وتشكيكهم من ان المجلس سيجرّس حل استقرار قواعد القانون الجنائى . ولن تحمل هذه الاشكالات الا عن طريق اصدار التشريعات .

(١) ويلاحظ أنه نظراً لأن محاكم الولايات المتحدة الأمريكية لم ترتبط كثيراً بقاعدة السابقة الملزمة ونظراً لما لوحظ من كثرة العدول عن السوابق القضائية فإن نظاماً محكماً لحل تنازع القواعد القانونية فى الزمان قد استقر فى العمل .

انظر :

J. V. Friedman "Limits of Judicial Lawmaking and prospective overruling (1966) 29 M.L.R. 593

وبالذات صفحة ٦٠٢ حيث يعرض لدلول ال Prospective overruling

أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان

للدكتور توفيق حسن فرج
أستاذ كرسى القانون الملق
ووكيل كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

تمهيد

١ - تحديد نطاق الموضوع :

يرتّب عقد البيع التزامات متبادلة على عاتق كل من البائع والمشتري . ومن أهم الالتزامات التي تترتب على عاتق البائع ، إلى جانب التّامه بنقل الملكية وانتدليم ، التّامه بالضمان . فالبائع يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق ، كما يضمن العيوب الخفية في المبيع .

ولكن يندى للمشتري الرجوع بالضمان على البائع يجب أن تتوافر شروط معينة . فإذا ما توافرت تلك الشروط ثار الأمر حول مدى ما يكون له أن يرجع به ، سواء في حالة استحقاق المبيع ، أم في حالة ظهور عيب من العيوب أو تخاف صفة من الصفات المطاوعة .

وإذا كان الإجماع يتعقد على ضرورة توافر شروط معينة في حالة استحقاق المبيع من الغير حتى يندى للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان ، إلا أن الخلاف يثور حول ما إذا كان يلزم للرجوع بالضمان توافر حسن نية المشتري . ذلك أنه لا يوجد خلاف حول استلزام أن يكون التعرض الصادر من الغير للمشتري تعرضاً قانونياً مستنداً إلى حق ، وأن يكون هذا الحق الذي يستند إليه التعرض في تعرضه سابقاً على البيع ، أو لاحقاً عليه متى كان بفعل البائع ، وأن يكون هذا التعرض حالاً قائماً ، حيث لا تكفى في هذا الصدد مجرد خشية حصول التعرض . ولكن يختلف الرأى حول ما إذا كان من اللازم أن يتوافر حسن النية لدى المشتري حتى يكون له الرجوع على البائع بالضمان في حالة استحقاق المبيع .

ولا يقف الأمر عند هذا الحد ، ولكن إذا ما سلم أن للمشتري الحق في الرجوع على البائع في حالة علمه عند التعاقد بسبب التعرض ، يثور الخلاف حول مدى ما يكون له أن يرجع به على البائع .

وعلى ذلك فإن المسألة تثار من ناحية استلزام أو عدم استلزام حسن النية للرجوع بالضمان مع بيان مدى الاتفاق أو الاختلاف حول هذا الشرط بالنسبة للأسباب المختلفة للضمان .

كما تثار كذلك من حيث مدى ما يكون للمشتري أن يرجع به على البائع ، إذا ما سلم له بهذا الرجوع من حيث المبدأ .

ذلك أن القوانين تفرق بين علم المشتري بأسباب الضمان بصفة عامة ، وبين علم البائع . فحين أو سوء النية كشرط للرجوع بالضمان . لا يثور إلا بالنسبة للمشتري ، بحسب ما إذا تعلق الأمر بضمان التعرض والاستحقاق أم بضمان العيوب . على ما سنرى فيما يلي .

أما بالنسبة للبائع فإنه يلتزم بالضمان في جميع الحالات ، بصرف النظر عن حسن أو سوء نيته . سواء تعلق الأمر بضمان التعرض والاستحقاق أم بضمان العيوب . ولا يثور الأمر إلا بالنسبة لعناق الضمان . أى مدى ما يلتزم به البائع نحو المشتري ، إذا ما ثبت الضمان لهذا الأخير . ذلك أن التزام البائع بالضمان . على الرغم من حسن نيته ، أو على الرغم من عدم إمكان نسبة أى خطأ إليه . يرجع إلى أنه إذا ما تحقق سبب الضمان ، فإنه لا يكون قد أوفى بالتزامه بنقل ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة أو حيازة مفيدة . فوقع تعرض أو استحقاق للمشتري ، وظهور عيب في المبيع يجعل البائع مسؤولاً أمام المشتري ، حتى ولو كان مجهول تلك الأسباب المختلفة .

وسنعرض في باب أول لأثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان .

أما بالنسبة لأثر حسن نية البائع ومدى ما يرجع به المشتري ، فإنا نخصص لهما بابين آخرين .

الباب الأول

أثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان

٢ - للبدا العام ، ومدى الخروج عليه - تقسيم الموضوع : يمكن القول بصفة عامة إن علم المشتري بوضع المبيع وحالته عن التعاقد ، لا يجعل له الحق بعد ذلك في الرجوع على البائع بالضمان . ذلك أنه إذا كان المشتري قد اشترى وهو يعلم حالة المبيع ، فلا يكون له أن يشكو بعد ذلك من أمر علم به سلفاً . وبالتالي لا يكون له الرجوع بالضمان على البائع (١) .

ولكن هذا المبدأ يثير صعوبات في بعض الأحيان ، خاصة بالنسبة لضمان الاستحقاق . أما بالنسبة لضمان عيوب المبيع ، أو الاعباء التي يتحملها ، فإن الأمر يختلف .

ولهذا نعرض لأثر العلم في حالة العيوب ، ثم لأثره في حالة الاعباء أو التكاليف ، ثم لأثره في حالة استحقاق المبيع .

الفصل الأول : حالة ضمان العيوب

٣ - استلزام شرط حسن النية : لا صعوبة في هذا التصدد حول أثر علم المشتري بالعيوب . ذلك أنه إذا كان العيب ظاهراً ، لا يتحقق معه الضمان ، كما أنه إذا كان خفياً وعلم به المشتري ، فلا يكون له الرجوع بالضمان كذلك . أي أنه يلزم لرجوع المشتري في حالة ضمان العيوب أن يكون

(١) أنظر في تطبيق هذا المبدأ بالنسبة لضمان في عقد الإيجار : نقض منقذ غرقه أول في ١١/١٢/١٩٦١ (Bull. Cass. 1961, I. No. 593, p. 472) حيث تقرر أنه لا يقوم الالتزام بالضمان إذا كان المستأجر يعلم بحقوق المستأجرين السابقين الذين تعرضوا له ، إذ أنه كان يعلم أن سنده مؤقت عرضي . فهذا العلم بوجود المستأجرين الذين لازالت عقودهم سارية ، يجعل لقضاء الموضوع الحق في رفض دعوى الضمان التي يقيها .

العيب خفياً ، وغير معلوم له (١) . وعلى ذلك فإن شرط حسن النية يعتبر شرطاً لازماً للرجوع بالضمان في حالة ظهور عيب في المبيع ، ولا تثير هذه المسألة أية خلافات ، سواء في محيط النوانين المختلفة أم في محيط الفقه والقضاء . وإن كانت الصعوبات قد تثور في بعض الأحيان حول تحديد متى يعتبر العيب خفياً أو ظاهراً ، ومتى يعتبر معلوماً أو غير معلوم من المشتري .

٤ - **خفاء العيب وظهوره** : من المسلم به أن البائع لا يسأل عن العيب الظاهر ، ولكنه يسأل فقط عن العيب الخفى . ولكن ما هو المعيار الذي يفرق بين العيب الظاهر والعيب الخفى ؟ أو بعبارة أخرى متى يعتبر العيب خفياً يسأل عنه البائع ، ومتى يعتبر ظاهراً لا يسأل عنه ؟

يعتبر العيب خفياً إذا كان لا يظهر من فحص المبيع الفحص العادي ، الذي يتم عادة عند الشراء ، والذي تعارف الناس على القيام به (٢) . ولا ينظر في هذا الصدد إلى ما إذا كان للشخص العادي أن يتبينه ، بصرف النظر عما إذا كان ذلك ممكناً للمشتري أم لا . فالمعيار هنا بالنسبة لمعرفة العيب ، معيار مجرد (٣) . إذ يكون على المشتري أن يلجأ إلى فحص المبيع

(١) وقد أكدت القوانين المختلفة ضرورة أن يكون العيب خفياً غير معلوم من المشتري . أنظر في ضرورة أن يكون العيب خفياً ، وغير معلوم للمشتري : مؤلفنا عنه البيع في القانون اللبناني ، بيروت ١٩٦٨ ، ص ٢١٨ وما بعده ص ٤٩٦ وما بعدها .
(٢) وتنص المادة ٢/٤٤٧ مدني مصري على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري ويستطيع أن يكتشفها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي .
وهذا هو نص القانون المدني السوري في المادة ٢/٤١٥ . وانظر كذلك المادة ٥٥٩ عراق .
وقسمت المادة ٢/٤٤٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني عبارة «الفحص العادي» بالنسبة لمعرفة العيوب .

وانظر كذلك نفس مدني مصري في ١٤/٦/١٩٦٢ طعن ٦ ص ٢٧ ق مجموعة النقض (المكتب الفني) ص ١٣ رقم ١٢١ ص ٨٠٨ .

(٣) أنظر في هذا : Mazeaud : ج ٣ ص ٩٨٣ . وتقول محكمة النقض المصرية (جلسة ١٩٤٧/١٢/٤ طعن ١٠٣ ص ١٦ ق مجموعة أحكام النقض في ٢٥ سنة تحت «بيع» قاعدة ٩٩) : «والعيب يعتبر في حكم التناون ظاهراً متى كان يتركه النظر البسيط ، ولو لم يكن في متناول ادراك غيره . فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة ، بل معياراً معيئاً بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص النطن المنتبه للأمر» .

بالوسائل العادية المألوفة . ولا يتحتم أن يكون ذلك بنفسه . فقد لا تتوافر لديه المقطرة على اكتشاف العيب ، وانما يمكن أن يتم فحص المبيع بواسطة شخص آخر تتوافر لديه المقطرة على معرفة العيب ، باعتباره شخصاً مختصاً . ففي حالة شراء سيارة مثلاً ، قد لا تتوافر لدى المشتري الدراية بالديارات فيكون له أن يلجأ إلى من له دراية وتخصص في هذا الشأن مثل ميكانيكي السيارات . وفي حالة شراء منزل ، يكون للمشتري أن يلجأ إلى مهندس معاري . فإذا كان العيب لا يظهر مباشرة بالنسبة للرجل العادي من بين هؤلاء ، فانه يعتبر عيباً خفياً ، ويكون له الرجوع على البائع بالضمان .

أما إذا قصر المشتري في الالتجاء إلى أهل الخبرة على النحو السابق ، ولم يتم فحص المبيع ، فلا يكون له أن يحتج بجهله وعدم مقدرته لكي يطلب فسخ البيع بسبب العيوب التي لم يرها والتي يمكن أن تظهر بوضوح لمن لديه الخبرة كالميكانيكي ومهندس المباني . فالعيب لا يعتبر خفياً بمجرد أن المشتري لم يره ، أو لمجرد أنه لم يفحصه فحصاً عادياً ولكنه اكتفى بفحص سطحي فقط (١) .

والنقص الذي يجب على المشتري القيام به هو الفحص العادي الذي يجري عادة في مثل الظروف التي تم فيها البيع . وهو يختلف باختلاف المبيع . وينظر إلى النقص الذي يقوم به الشخص العادي (d'une diligence moyenne) ، في كل حالة . فإذا أمكن لشخص متوسط الحرص اكتشاف العيب بالالتجاء إلى طرق فحص أولية كان العيب ظاهراً (٢) .

-
- (١) أنظر في هذا Laurent : القانون المدني الفرنسي ، الطبعة الثالثة ج ٢٤ بند ٢٨٤ ص ٢٧٨ . Baudry et Saignat : البيع والمقايضة ، طبعة ثانية بند ٤١٨ . Beudant et Lerebours Pigeonnière : ج ١١ (في البيع والإيجار) بند ٢٥٤ . Planiol - Ripert et Hamel : ج ١٠ ط ٢ بند ١٣٠ ص ١٤٤ . منصور مصطفي منصور : تحذير فكرة العيب الموجب للضمان في عقد البيع والإيجار ، بحث في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يصارحها أساتذة حقوق حين شمس ، ص ١ حدة . السهورى : عقد البيع ١٩٦٠ ص ٧٢٥ .
- (٢) أنظر تعليق الأستاذ Voirin في (D. p. 1929. 2. 81) . وعكة البرن المدنية في ١٩٥٦/١٢/٢١ (D. 1957. 47) وعكة (Angers) في ١٩٦٠/٢/١٥ (D. 1960. Somm. 102) .

— هذا وقد يكون العيب ظاهراً بلباته ، ومن السهل تبينه ، بحيث لا يستلزم الأمر أية خبرة فنية أو أى تدقيق أوفحص ، مثل ذلك حالة الحصان الأعرج أو الأعور ، فلا يعتبر العيب خفياً ، إذ من السهل تبينه (١) . ولا صعوبة في هذه الحالة . فهو يظفر بوضوح لكل شخص ، ولو كان غير مختص .

كما يكون العيب ظاهراً كذلك ، متى كان من السهل على ذى الخبرة العادى أن يتبينه بالفحص المعتاد ، أى طبقاً للأوضاع العادية . وقد يكون استعمال الشيء هو الطريق العادى الذى يقوم به كل مشترئ مثل هذا الشيء . وفي هذه الحالة يجب على المشتري أن يلجأ إلى ذلك بنفسه أو بواسطة أهل الخبرة (مثل الميكانيكى الذى يجرب السيارة عن طريق السير بها) . فإذا لم يقم بذلك فلا يكون له أن يدعى أن العيب كان خفياً ، إذ أنه لو فحص المبيع بالطريق العادى ، وهو تسير السيارة ، لتبين له العيب (٢) . بل إن العيب يكون ظاهراً في هذه الحالة ، متى كان يمكن اكتشافه بالفحص العادى ، حتى ولو كان هذا الاكتشاف يشتر بعض الصعوبات فجرد امكان اكتشافه بالوسائل العادية يكتفى لاعتباره غير خفى (٣) .

— على أن العيب قد لا يبدو لأول وهلة . ولكنه يحتاج إلى فحص وتدقيق للكشف عنه ، وهنا يثور التساؤل عما إذا كان المشتري الذى لا يقوم بهذا الفحص الخاص ، يفقد حقه في الضمان ؟ ترى محكمة النقض الفرنسية أن تقدير الأمر يترك في هذه الحالة لتقضاء الموضوع . باعتباره من مسائل

(١) هذا ما لم يكن مرج الحصان متعلماً . أو يظهر في بعض المواسم دون البعض الآخر .

(٢) أنظر : Planiol-Ripert et Hamel : ص ١٤٥ هامش ٣ .

(٣) Baudry et Saignat : بند ٤١٨ . Aubry et Rau . بند ٣٥٥ مكرراً من وهامش ٨ . Laurent : بند ٢٨٤ خاصة ص ٢٧٩ .

الواقع (١).

— ومع ذلك فقد يحتاج الأمر إلى بذل مجهود غير عادي لا يجرى به العرف ، أو إلى فحص خاص أو طرق علمية خاصة للكشف عن العيب ، فإذا كان العيب لا يظهر إلا بأحدى هذه الوسائل ، يعتبر خفياً . فقد يقتضى الكشف عن العيب التيام بتحليل كيميائية ، كما هو الشأن بالنسبة للمواد الغذائية ، في هذه الحالة يكون للمشتري الرجوع بالضمان لأن العيب لا يظهر بالطرق العادية (٢) . وكما هو الشأن بالنسبة للألات الميكانيكية التي لا يظهر ما فيها من عيوب في التجارب الأولى . بل لابد من تشغيلها فترة طويلة (٣).

٥ — علم المشتري العيب أو جهله به : قد يكون العيب من العيوب الخفية التي لا يمكن الكشف عنها بالطرق العادية على ما قدمنا ، ولكنه في

- (١) أنظر Laurent : بند ٢٨٤ ص ٢٧٨ ، Aubry et Rau ، بند ٢٥٥ مكرر هامش ٦ Planiol-Ripert et Hamel : بند ١٣٠ ص ١٤٥ . وانظر كذلك : موسوعة دالوز تحت Vices rédht رقم ٢٨ .
والرابع أن المحاكم تدخل في الاعتبار — عند تقرير ظهور العيب أو إخفائه — شخصية المتعاقدين . وذلك في البيع بين المحترفين (أنظر موسوعة دالوز تحت Vices rédht رقم ٢٧ والمحكم المشار إليها) . فإذا كان من المستحيل كشف العيب في الحال عند التسليم ، وبينت محكمة الاستئناف ذلك وأنه عيب يخفى بالنسبة لمشتري المحترف ، فإن اعتباره عيباً خفياً ، سليم (نفس فرنسي تجاري في ٢١ فبراير ١٩٦٦ Bull. Cass. 1966. 8. No. 109, p. 92) . كما قضى بأن المشتري الذي يدعي وجود عيب خفي لا يقبل منه ذلك ، خاصة إذا كان هذا المشتري مدعياً محترفاً ، إذ ينبغي أن يعلم عند البيع بحالة عيب الموجود في محرك السيارة ، خاصة وأن حادثاً قد وقع خلال تجربة السيارة المستعملة التي قدم به الطرفان قبل البيع بضعة أسابيع (نفس تجاري فرنسي في ١٥ أكتوبر ١٩٦٥ Bull. Cass. 1965.3.481 p. 435)
(٢) Planiol-Ripert et Hamel : ، بند ١٣٠ ص ١٤٦ هامش ١ . موسوعة دالوز تحت Vices Rédht رقم ٢٦ والأمثلة الواردة في هذا الصدد من القضاء الفرنسي ، وهذا ما لم يكن الالتجاء إلى التحليل الكيميائي هو الطريق العادي لفحص البيع في مثل هذه الحالة (أنظر في القضاء البلجيكي Limpens) البيع في القانون البلجيكي ١٩٦٠ ، بند ٣٣٣ ص ١٥٧ .
(٣) في السيارات مثلاً يعتبر العيب خفياً إذا لم يظهر إلا من فحص دقيق يقوم به خبير ، أو بعد السير بضعة آلاف من الكيلو مترات) أنظر في هذا Planiol - Ripert et Hamel : بند ١٣٠ ص ١٤٦ والهامش من ٢ إلى ٥ .

الوقت ذاته يكون معلوماً للمشتري ، فإذا سكت رغم علمه بالعيب كان مبيعاً
النية ، وبالتالي ، لا يكون له الرجوع على البائع بالضمآن . ذلك أن العيب
المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر ، ولا يعتبر من العيوب الخفية (١) . وكذلك
يكون الحكم إذا ما علم المشتري بالعيب عن طريق البائع نفسه (٢) .

وقد نصت على هذا الأثرط المادة ٢/٤٤٧ مدنى مصرى حيث بينت أن
البائع لا يضمن « الميوب التى كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان
يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى (٣) .

فإذا كان المشتري يعلم بوجود العيب ، ولكنه أقدم على الشراء رغم
علمه به ، فإنه يكون قد اشترى وهو على بينة من الأمر ، ويفترض فى هذه
الحالة أن العيب لا أثر له على استعمال الشيء (٤) ، وأنه قد تنازل عن
الرجوع على البائع بالضمآن ، خاصة وأنه يدخل وجود العيب فى اعتباره

(١) أنظر فى هذا Planiol-Ripert et Hamel : ١٣٢ صفحة ٢٤٧ وهامش ١
والنقصاء المشار اليه . وأنظر كذلك ، نقض فرنسى ١٩/١١/١٩٥٨ (S. 1959. 121) وتعليق
Jean Autesserre .

(٢) Beudant : ٢٥٤ ص ٢٠٥ . موسوعة دالوز تحت Vices rédht. رقم ٣١ .
De Page : ج ٤ : ١٨٢ ويراعى أن علم المشتري ، سواء من البائع أم من أى طريق آخر ،
إذا كان يستلزم حتى الرجوع بالضمآن على أساس هذا العيب المعلن الذى يعلم به ، فإنه لا يمنعه
من الرجوع بالضمآن على أساس عيب آخر خفى ، لم يكن يعلم به . فالعلم إذا انصرف إلى واقعة
معينة ، قد لا ينصرف إلى غيرها .

(٣) وبالنسبة لنتيجة الفرضى استلزام عدم علم المشتري بالعيب بما تنص عليه المادة ١٦٤١
فى آخرها (أنظر : Laurem : ١ : ٢٨٥ . Beudant . ٢٥٤ ص ٢٠٥ . Planiol-
Ripert et Hamel : ١٣٢ ص ١٤٧ . Mazeaud . ٩٨٣ . ويشترط Pothier
للرجوع بالضمآن أن يكون العيب غير معلوم للمشتري : أنظر عند البيع بند ٢٠٩ .

وهذا هو نص المادة ٢/٤١٥ سورى والمادة ٥٥٩ عراقى . وتنص المادة ١/٤٦٠ من قانون
الموجبات والعقود المبنى على أنه « لا يكون البائع مسؤولاً عن العيوب الظاهرة ، ولا عن العيوب
التي سبق للمشتري أن عرفها ، أو كان من السهل عليه أن يعرفها » . كما تنص المادة ٤٦١ منه
على أنه : لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة إذا صرح بها..» .

(٤) أنظر نقض مدنى فرنسى فى ١٩/١١/١٩٢٩ (Gaz. Pal. 1959.1.561) .

عند تقدير الثمن (١) . وبعبارة أخرى إن المشتري الذي يعلم بالعيب يعتبر سيء النية ، فلا يكون له الرجوع بضمان العيب ، إذ أنه قد تبين العيب وأقدم رغم ذلك على إبرام العقد .

على أن المشتري قد لا يعلم بالعيب علم اليقين ، الا أن جهله به ينبغي أن يكون مشروعا ومبررا . فإذا كان العيب ظاهرا أى إذا كان الشخص يستطيع أن يتبينه لو كان في مكانه ، لا يكون للمشتري أن يتمسك بجهله بالعيب . لأنه بذلك يكون مخطئا ، إذ لم يتبين العيب الظاهر . ولهذا بين القانون أنه لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان متى كان يستطيع أن يتبين العيوب بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى .

وعلى ذلك لا يلزم أن يكون المشتري علما فعلا بالعيب ، وانما يكفي أن يكون في استطاعته أن يعلم أو من السهل عليه أن يعلم بها ، حتى يحرم من الرجوع بالضمان (٢) . بل أنه يحرم من الرجوع بالضمان على أساس

(١) أنظر Beudant : بند ٢٥٤ ص ٢٠٥ Mazeaud : بند ٩٨٣ .

وكذلك محكمة Bordeaux في ١٠/١٢/١٩٢٨ (D. H. 1928. 89) .

وانظر في أن المراد بالعلم هو العلم الحقيقي : المادة ٣٢٠/٣٩٥ مدني قديم حيث كانت تنص على أنه «ولا جرح لفيان البائع إذا كان العيب ظاهرا أو علم به المشتري علما حقيقيا» . وانظر كذلك نقض مدني مصري في ٢٨/٣/١٩٣٥ طعن رقم ٧٦ س ٤ ق ، مجموعة النقض في ٢٥ سنة تحت بيع قاعدة ٩٨ . وكذلك حكما في ٢٤/١٢/١٩٥٣ طعن ٩٤ س ٢١ ق ، نفس المجموعة قاعده ٩٨ وكذلك حكما في ١٤/٦/١٩٦٢ مجموعة الكتب الفنى س ١٣ رقم ١٢١ ص ٨٠٨ وقد جاء فيه ان العلم المسقط للضمان هو العلم الحقيقي دون العلم الانتراسي . وانظر مع ذلك بقية هذا الحكم الأخير . ثم أنظر كذلك ، منصور : البحث السابق والمراجع المشار اليها ص ٥٨٢ . ومع ذلك فانه إذا كان القانون القديم يستلزم صراحة علم المشتري علما حقيقيا ، فان القانون القائم لم يورد نصا مماثلا ، ولم يستلزم أن يكون علم المشتري بالعيب علما حقيقيا ، ولكنه يكفي بأن يعرف العيوب وقت العقد ، أو يكون في استطاعته أن يتبينها ، أى إذا كان العيب ظاهرا بذاته أو كان ممكنا ظهوره لدى الفحص العادى . كما إذا اشترى منزلا فظاهر القم أو به شرخ في أحد جدرانها أو تهر أسقفه (سليمان مرقس : البيع ١٩٦٨ بند ٢١٧ ص ٤١٧) .

(٢) أنظر كذلك : Mazeaud : بند ٩٨٣ ص ٨٣٥ . وقد استعمل القانون اللبناني في المادة ٤٦٠ موجبات هذا الميار ، وهو امكان العلم ، فلا يكون البائع مسئولاً عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وانظر كذلك نقض فرنسي في ٢٤ يناير

سنة ١٩٦٨ في : (Sem-Jur. 1968. II. 15.422)

العيب كذلك إذا صرح البائع له بالعيب ، وهذا هو الحكم في حالة ما إذا صرح البائع بخلو المبيع من الصفات المطلوبة . ذلك أن إقدام المشتري على التعاقد رغم علمه بذلك يعنى تنازله عن الرجوع بضمان العيوب أو الصفات .

ويراعى أن العلم الذى يتحقق معه عدم الضمان ينبغى أن يتوافر وقت البيع في حالة المبيع المأمون بالذات . فإذا علم المشتري بالعيب بعد ذلك لاجرم من الرجوع بالضمان . أما في حالة المبيع المعين بالتوصيف ، فلا يتصور ذلك ، حيث لا تتحدد ذاتية المبيع وقت العقد ، وإنما تتحدد بالافراز الذى يتم عادة عند التسليم (١) .

ويقع على عاتق البائع اثبات علم المشتري بالعيب ، وبأنه كان على درجة من الجسامة بحيث يترثر على قيمة المبيع أو في استعماله ، لكي يتخلص من الضمان (٢) . كما يثبت أن المشتري قد علم بالعيب ، أو بخلو المبيع من الصفات المطلوبة عن طريق تصريحه (البائع) له بذلك .

(١) وهذا فإن المشتري الذى يعلم في ذلك الحين بالعيب يستقطب حقه في الضمان إذا لم يترض في وقت ما يتم (مستصور : البحث السابق ص ٥٨١ - ٥٨٢) .

(٢) انظر : Planiol-Ripert et Hamel : بند ١٣٢ ص ١٤٧ - ١٤٨ ذلك أن الأصل هو حسن النية . ولهذا يعتبر المشتري حسن النية ، لا يعلم بالعيب ، فإذا ادعى ، البائع العكس كان عليه عبء الإثبات . انظر Mazeaud : بند ٩٨٣ . وانظر كذلك ، اسماعيل غانم ص ١٩٦ ، وطبعة ١٩٦٣ بند ١٧٢ ص ٣٢٩ هامش ٢ . لبوب شذب ومجدي صبحي : عقد البيع ١٩٦٨ بند ١٨٩ ص ٢٥٧ هامش ٣ .

ويبين على هذا الإثبات أن الفرض غالباً ما يكون ضئيلاً لا يتفق إلا مع قيمة لمبيع به عيب (محكمة السين التجارية في ١٦/٦/١٩٣٢ ١٩٣٣ 2.570 Gaz. Pal. 1933. 2.570) كما يمين على إثبات علم المشتري بالعيب كذلك كون المشتري نفسه من أصحاب المهن الفنية ، إذ لا يعتبر العيب خفياً بالنسبة لمشتري محترف من أرباب المهن . وهو ما يقره القضاء دائماً (أنظر نقض فرنسي تجارى في ٥/١٠/١٩٦٥ (D. 1965, J. 831)) والتعليق ، وقد أشرنا إليه فيما سبق ص ١١ هامش ١ ، ونقض مدني في ١٨/١٢/١٩٦٢ (D. 1963, J. 114) . وعلم المشتري في هذه الحالة ، لا يفترض (أنظر موسوعة دالوز ، تحت Vices rédth رقم ٣٠ ، ولهذا يكون على البائع أن يبيته ، وإن كان للمشتري أن يثبت أنه على الرغم من كونه من أصحاب المهن ، إلا أن الأمر يفوق طاقته ، أو طاقة صاحب مهنة عادية في موطنه . انظر كذلك Planiol-Ripert et Hamel : ص ١٤٨ . السنهوري : هامش ٣ ص ٧٢٧ - ٧٢٨ .

وبعبارة أخرى إن على البائع أن يثبت أن المشتري كان سعى النية يعلم بوجود العيب ، أو كان من السهل عليه أن يعلم به (١) .

ولا يكفي في هذا الصدد لكي يسقط الضمان عن البائع مجرد اقرار المشتري في العمد بأنه قد عاين المبيع معاينة نافية للجهالة . ذلك أن هذا الاقرار وإن كان يحول دون طلب ابطال العقد على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع طبقاً للمادة ٤١٩ مدني ، فإنه لا يعتبر دليلاً على علم المشتري بالعيب علماً يحول دون رجوعه بالضمان (٢) .

— هذا ويثور الأمر بالنسبة للعلم بالعيب في حالة بيع الأشياء المستعملة . ويعرض الأمر بصفة خاصة في حالة بيع السيارات المستعملة وإلى أي مدى يفترض علم المشتري بتلك العيوب .

ومما لا شك فيه أن المشتري ينبغي أن يعلم ما قد يوجد في المبيع من العيوب الناشئة عن التقدم . والتي تعتبر بذلك طبيعية بسبب الاستعمال . ويختلف مدى هذه العيوب باختلاف الاستعمال الذي تم بالنسبة للمبيع ، وهو أمر يتعلق بظروف كل حالة على حدها . ويفترض في المشتري أنه يتوقع تلك العيوب ، فلا يكون له أن يرجع بالضمان على أساسها ، ما لم يتفق على خلاف ذلك (٣) .

ومع ذلك فإن الضمان قد يتحقق في هذا النوع من البيوع ، متى كان العيب يتجاوز الأوضاع العادية المألوفة في مثل الظروف التي تم فيها البيع .

(١) أنظر حكم النقض في ١٤/٦/١٩٦٢ . مجموعه المكتب الفني ص ١٢ رقم ١٢١ ص ٨٠٨ حيث ين أن العيب يعتبر غيباً متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه .

(٢) أنظر نقض مدني في ١٤/٦/١٩٦٢ المشار اليه بالهامش السابق ، وأنظر كذلك نقض في ٢/٥/١٩٤٦ ملن رقم ٧٦ ص ١٥ ق مجموعه النقض في ٢٥ سنة تحت « بيع » قاعدة ١٠٠ وقد جاء فيه إن طلب الفسخ العيب الخفي لا يمنع من أن يكون المشتري قد أقر عند تسليم المبيع أنه قد عاينه وفحصه بمعرفة أحد رجال الفن .

(٣) أنظر نقض فرنسي تجاري ٣٠/٥/١٩٦٧ (D. 1967. J. 511) والتعليق .

وبهذا لا تنطبق أحكام ضمان العيوب الخفية إلا بالنسبة لعيوب تكون على درجة معينة من الجسامه ، ولا يمكن التعرف عليها بالفحص الذي يتم بعناية ، عند البيع ، ويكون من شأنها أن تجعل السيارة غير صالحة للاستعمال الذي خصصت له على النحو العادي ، باعتبارها سيارة قديمة (١) .

٦ - تأكيد البائع بخلو المبيع من العيب ، أو إخفاؤه غشاً : رأينا أن البائع لا يضمن إلا العيوب الخفية ، أى العيوب التي لا يعلم بها المشتري ، فلا يضمن العيوب الظاهرة أو تلك التي علم بها المشتري أو كان من السهل عليه أن يعلم بها . ويضيف المشرع إلى ذلك أن البائع يضمن عيوب المبيع .. «إذ أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه » (٢) .

وعلى ذلك فانه إذا كان البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعلم بها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ، فانه إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من

(١) أنظر محكمة باريس في ١١/٦/١٩٦٣ (D, 1964. J. 253) ولا بد أن يثبت أن العيب كن خفياً ، وله أثره على الاستعمال المقصود ، ويجب بيان ذلك في الحكم وإلا تعرض

لنقض (نقض مدني فرنسي ١٢/٢٦/١٩٥٩) 42. Somm. D. 1960. وأنظر كذلك . Planiol - Ripert & Hamel بتد ١٣٢ ص ١٤٨ Limpens في القانون البلجيكي سنة ١٩٦٥ بتد ٣٥٣ ص ١٦٣ . Mazeaud المرجع السابق بتد ٩٨٥ ص ٨٣٦ - ٨٣٧ والقضاء المشار اليه في هذا الصدد خاصة في آخر ص ٨٣٦ . وأنظر بالنسبة لحالة بيع السيارات المستعملة :

H. Rolland : Observation sur la vente des véhicules d'occasion, D. 1959. p. 162 et s. et 167 et s. Sudaka: Où en est la théorie des vices cachés dans la vente des véhicules d'occasion ? (Gaz. Pal. 1966, 1 Doct. 1.).

(٢) المادة ٢/٤٤٧ مدني . وهذا النص مطابق لنص المادة ٢/٤١٥ مدني سوري . ويقابل المادة ٥٥٩ عراق و ٢/٤٦٠ من قانون الموجبات اللبناني . وينص هذا الأخير على أن البائع يكون مسئولاً ، حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها ، إذا كان قد صرح البائع بخلو المبيع منها (أنظر مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، بتد ٢٢١ من ٥٠٦) .

عيب معين ، أو أنه قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه ، كان له أن يرجع عليه بالضمان .

إلا أنه ينبغي أن يفرق في هذا الصدد بين حالتين ، حالة ما إذا كان المشتري يعلم بالعيب من قبل ، وحالة ما إذا كان لا يعلم به ، وإنما كان من السهل عليه أن يعلم ، نظراً لإمكان الكشف عن العيب بالفحص العادي .

فاذا أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب (١) ، وكان المشتري يعلم بوجود هذا العيب من قبل ، لا يكون له أن يرجع بالضمان ، رغم تأكيد البائع . وهذا بخلاف ما إذا لم يعلم فعلاً بالعيب وإنما كان من السهل عليه أن يتبينه لو أنه لجأ إلى فحص المبيع الفحص العادي . إذ في هذه الحالة الأخيرة إذا ما أكد البائع خلو المبيع من العيب ، فإن المشتري سيركز إلى ذلك اعتماداً على هذا التأكيد . ويكون له أن يرجع بالضمان . وفي هذه الحالة ليس للبائع أن يدفع دعوى المشتري بأنه لم يفحص المبيع ، وأنه كان من السهل عليه أن يتبين العيب . ذلك أنه لولا تصريح البائع بخلو المبيع من العيب لقام المشتري بفحصه بالطريق المعتاد : وتأكيد البائع في هذه الحالة بخلو المبيع من العيب ، يعتبر بمثابة اتفاق ضمنى على تحمله ضمان العيب الذي أكد خلو المبيع منه (٢) .

(١) ويلزم هنا أن يأتي تأكيد البائع خلو المبيع من العيب في عبارات خاصة تنصرف إلى عيب بذاته . فلا تكفي مجرد عبارات عامة يقصد من ورائها الترويج للمبيع وحل المشتري على الشراء (عبد الفتاح عبد الباقي : عقد البيع ص ٢٧٢ . السهوي : عقد البيع : ص ٧٢٦) .

(٢) ويقصر قانون الموجبات والمقود البناني وجوع المشتري بالضمان على حالة ما إذا كان من السهل عليه أن يقوم باكتشاف العيب ولم يفعل نظراً لتصريح البائع بخلو المبيع منه ، فلا أثر لهذا التصريح . ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان استناداً إلى تأكيد هذا الأخير خلو المبيع من العيب . ويتضح هذا من المادة ٤٦٠ موجبات . إذ بما أن نصت في فقرتها الأولى على أن البائع لا يكون مسئولاً عن العيوب الظاهرة ، ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها ، قررت في الفقرة الثانية أنه يكون مسئولاً متى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها ، إذا كان قد صرح البائع بخلو المبيع منها . وانظر كذلك : مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، المرجع السابق بند ٢٢١ ص ٥٠٦ .

وفي حالة ما إذا أثبت المشتري «أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه» ، فإن هذا الأخير يكون ضامناً كذلك متى حصل تعمد من البائع لإخفاء العيب غشاً منه . مثل ذلك إذا ما أخفى البائع لحام السيارة بالطلاء . ويتحقق الضمان حتى لا يستفيد البائع من غشه . وإنما يتعين أن تتوافر باقي شروط الضمان الأخرى ، وبصفة خاصة يلزم ألا يعلم المشتري بالعيب . فإذا كان عالماً به ، لا يكون له أن يرجع بالضمان ، أما إذا كان من السهل عليه أن يعلم به لو أنه تم بالفحص العادي ، ولكنه لم يفعل ، فإن له مع ذلك الرجوع بالضمان ، متى كان البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه . إذ على الرغم من أعمال المشتري معرفة العيب ، إلا أنه أولى بالرعاية ممن يتعمد ارتكاب غش . ولهذا يكون له الرجوع بالضمان (١) .

وقد أيدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ذلك فقررت أن «تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب ، أو تعمده إخفاءه ، يجعله ضامناً ، حتى ولو لم يكن خفياً ، ما دام المشتري لا يعلمه» (٢) ومعنى ذلك أنه إذا كان المشتري يعلم فضلاً بالعيب ، فلا يكون له الرجوع بالضمان ، حتى ولو أكد له البائع خلو المبيع منه ، وحتى لو كان قد أخفى العيب غشاً منه . وهذا بخلاف ما إذا لم يكن يعلم به أو ما إذا لم يكن العيب خفياً ، بحيث كان من السهل على المشتري أن يعلم به .

ويراعى أنه في حالة قيام البائع بإخفاء العيب غشاً منه ، قد يكون هناك مجال لدعوى التدليس ، إذا كان ما قام به البائع يكون حيلة تدليسية توقع المشتري في الغلط ، بحيث لو أنه علم الحقيقة ما أقدم على التعاقد (٣) .

-
- (١) أنظر في هذا : عبد المنعم البدر أوى : عقد البيع ، بند ٣٣٨ ص ٥٠٤ . اسماعيل غانم : مذكرات في عقد البيع ١٩٥٨ ص ١٩٥ وطبعة ١٩٦٣ ص ٢٦٣ بند ١٧١٤ . منصور مصطفى منصور البحث السابق ص ٥٨٥ . السنهوري : المرجع السابق ص ٧٢٦ .
- (٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٤ ص ١١١ . وأنظر حكم النقض في ١٤/٦/١٠٦٢ مجموعة المكتب الفني ص ١٣ رقم ١٢١ ص ٨٠٨ .
- (٣) أنظر : Baudry et Sagnat : المرجع السابق بند ٤١٨ في آخره Beudant : المرجع السابق بند ٢٥٤ ص ٢٠٤ . موسوعة دالوز Vices rédth تحت رقم ٢٣ .

٧ - معيار حسن النية في حالة ضمان العيوب : يمكننا أن نتبين مما سبق أنه لكي يكون للمشتري الرجوع على البائع بالضمان ، فإنه ينبغي أن يتوافر لديه حسن النية وقت العقد (١) .. بمعنى أنه ينبغي ألا يكون قد علم بالعيب أو ألا يكون في استطاعته أن يعلم به ، لو أنه لجأ إلى فحص المبيع الفحص المعتاد.

فاذا كان المشتري يعلم يقيناً بالعيب ، فإنه يكون سئء النية ، وبالتالي لا يكون له الرجوع بالضمان . وكذلك الشأن إذا كان من السهل عليه أن يعلم به ، أى كان في استطاعته أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد . إذ يعتبر العيب ظاهراً في هذه الحالة . فاذا لم يعلم به المشتري كان مهملًا ، وتقع عليه تبعه اهماله (٢) .

على أنه إذا كان المشتري يعلم فعلاً بالعيب فإنه لا يكون له الرجوع بالضمان ، حتى ولو أكد له البائع خلو المبيع من العيب ، وحتى لو كان البائع قد أخفى العيب غشاً منه . ذلك أن اقدام المشتري على الشراء رغم علمه بالعيب يكشف عن أنه يريد أن يحصل على المبيع بحالته ، وبذلك يأخذ على عاتقه تلك العيوب .

أما إذا كان من السهل على المشتري أن يعلم بالعيب ، فلا يكون له الرجوع كذلك ، إذ يكون العيب ظاهراً . هذا ما لم يؤكد له البائع خلو المبيع من عيب معين ، أو ما لم يكن قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

وقد بينت محكمة النقض ماهية العيب الخفى ، في حكم لها قضت فيه بأنه : « يعتبر العيب خفياً متى كان المشتري غير عالم به ، وغير مستطيع أن يعلمه ، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذي تعارف

(١) أما العيب الذي يطرأ بعد العقد وقبل التسليم ، فلا يضمته البائع (انظر : منصور مصطفى منصور : البحث السابق بند ٨ ص ٥٧٨) .

(٢) انظر : السهوري : المرجع السابق ص ٧٢٤ . محمد لييب شطب : شرح أحكام عقد البيع ١٩٦٦ ص ٢٢٥١ والأحكام المشار إليها بالهامش رقم ٢
ثم انظر فيما سبق بند رقم ٥ من هذا البحث ، وخاصة ما أوردها في هامش ٢ ص ١٠ .

الناس على القيام به ، بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً ، أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتاد وأثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلوه المبيع من هذا العيب^(١)، أو أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه^(٢).

ذلك أن العيب في هذه الحالة يكون خفياً أو غير معلوم أولاً يستطيع العلم به . وبذلك يكون المشتري حسن النية ، وبالتالي يستطيع أن يرجع على البائع بالضمان . وكذلك يكون الحكم متى كان من السهل عليه اكتشاف العيب ولكنه لم يفعل ، وبالتالي لم يعلم به فعلاً ، اعتماداً منه على تأكيد البائع خلوه المبيع منه ، أو لأن البائع قد أخفى العيب غشاً منه ، وفي هذه الحالة الأخيرة تضحي بمصلحة البائع . ويكون المشتري أولى بالرعاية، فيخول الحق في الرجوع بالضمان .

الفصل الثاني : حالة الاعباء أو التكاليف

٨ - هل يلزم حسن النية للرجوع بالضمان في هذه الحالة - تقسيم للوضع : يتجه الرأي السائد في ظل القانون الفرنسي إلى أنه إذا كان التعرض راجعاً إلى ظهور أعباء أو تكاليف charges على المبيع ، فإنه يلزم لرجوع المشتري بالضمان أن يكون حسن النية ، يجهل وجود تلك الاعباء التي يتحمل بها المبيع . وعلى ذلك إذا ظهر تعرض الغير في صورة تكليف على المبيع ، كما إذا ادعى بوجود حق ارتفاق أو حق انتفاع أو استعمال أو إيجار ، لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع ، متى كان عالماً بوجود مثل هذا التكليف . ذلك أنه قد تعامل على بينة من الأمر ، فلا يحق له أن يشكو ، خاصة إذا روعي أن تحديد الثمن يتفق مع مراعاة وجود مثل تلك التكاليف أو الاعباء^(٣) .

(١) نقض مدني في ١٩٦٢/٦/٤ السابق الإشارة إليه

(٢) أنظر في هذا : Jossier : القانون المدني الفرنسي ط ٢ - ٢ بند ١١٠٨ ص ٥٧٩

Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق - ١٠ بند ٩٨ ص ١٠٣ وبند ٩٩ ص ١٠٤ وكذلك بند ١٠٢ ص ١٠٨ : Baudry et Sagnat . المرجع السابق بند ٣٨٦ وما بعده .

ومع ذلك فإن القانون المصرى لا يتفق فى هذا الصدد مع القانون الفرنسى ، ومع الاتجاه السائد فى ظله ، إذ يبدو أنه يفرق بين الإعباء أو التكاليف التى يتحمل بها المبيع ، وبين حقوق الارتفاق .

ولهذا نعرض للحكم بالنسبة للقانون المصرى ، ثم للحكم بالنسبة للقوانين الأخرى ، ونبين ما يتجه إليه الرأى فى هذا الصدد ، ثم نبين ضرورة التفرقة بين التكاليف وبين الاستحقاق الكلى أو الجزئى من حيث اشتراط حسن النية ، وتحديد المقصود بالتكاليف وتمييزها عن حالات الاستحقاق الجزئى والعيوب ، ثم نعرض بعد ذلك لحالة حقوق الارتفاق .

المبحث الأول

فى ظل القانون المصرى

٩ - **التفرقة بين التكاليف وبين حقوق الارتفاق :** لم يساير القانون المصرى الاتجاه السائد فى ظل القانون الفرنسى ولم يأخذ بما أخذت به القوانين الأخرى بالنسبة لحالة وجود أعباء أو تكاليف على المبيع كانت معلومة للمشتري عند البيع .

فقد نصت المادة ٢/٤٤٥ مدنى على أنه : «ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري» . أما بالنسبة للتكاليف الأخرى ، غير حق الارتفاق ، فلم يرد حكم مماثل ، ولكن المادة ١/٤٤٤ مدنى أعطتها حكم الاستحقاق الجزئى ، أى استحقاق بعض المبيع . فقد نصت هذه المادة على أنه : «إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرأ لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة (وهى المبالغ التى يرجع بها المشتري فى حالة الاستحقاق الكلى) ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

ومن هذا يتضح أن المشرع يفرق بين حقوق الارتفاق وبين غيرها من التكاليف . إذ يبدو من نص المادة ١/٤٤٤ أنه يعامل التكاليف معاملة الاستحقاق الجزئى لبعض المبيع ، على الأقل من حيث ما يكون للمشتري

الرجوع به . ومعنى ذلك أن للمشتري أن يرجع على البائع ، في حالة ظهور تكاليف ، كما يرجع في حالة استحقاق بعض المبيع ، بصرف النفاذ عن حسن أو سوء نيته ، أى بصرف النظر عما إذا كان يعلم بوجود التكاليف على المبيع أو لا يعلم بها (١) . أما بالنسبة لحالة حقوق الارتفاق فقد اختصتها المادة ٢/٤٤٥ بحكم مستقل بها .

وبعبارة أخرى ان وجود تكليف على المبيع يجعل للمشتري الحق في الرجوع بالضمان ، طبقاً لأحكام الضمان في حالة الاستحقاق الجزئى التى أشارت إليها المادة ١/٤٤٤ مدنى ، ويكون له هذا الرجوع ، حتى ولو كان يعلم بوجوده . إلا أنه إذا تعلق الأمر بحق ارتفاق على المبيع ، فإن علم المشتري به ، سواء لأنه كان ظاهراً ، أم لأن البائع قد إبان عنه للمشتري لا يجعل له الحق في الرجوع بالضمان على أساسه ، إذ يفترض في هذه الحالة أن البائع قد اشترط عدم الضمان . فالتفرقة اذن واضحة في القانون المصرى بين التكاليف وبين حقوق الارتفاق من حيث حسن أو سوء نية المشتري . وهذه التفرقة لا توجد في القوانين الأخرى .

المبحث الثانى

في ظل القوانين الأخرى

١٠ - اختلاف موقفها عن القانون المصرى ، واقتراح تعديل القانون المصرى في هذا الصدد : وإذا كان المشرع المصرى يفرق بين التكاليف وبين حقوق الارتفاق على النحو السابق ، فإن القانون الفرنسى ، وبعض القوانين العربية الأخرى تقف موقفاً مغايراً .

ذلك أن المادة ١٦٢٦ مدنى فرنسى تقضى بالتزام البائع بضمان استحقاق كل المبيع أو بعضه ، وبضمان الاعباء charges التى يدعى بها عليه والتى لم يصرح بها عند البيع (٢) . ومعنى ذلك أن البائع يضمن الاعباء بصفة عامة

(١) هذا ما لم يشترط البائع عدم الضمان بالنسبة لتكاليف . انظر : السهورى : عقد البيع ،

المراجع السابق ص ٦٩٢ بالهامش . وانظر كذلك ص ٧٠٢ هامش رقم ١ .

(٢) انظر كذلك المادة ١٦٣٨ مدنى فرنسى .

متى كان المشتري حسن النية ، غير عالم بوجودها . فإذا ظهر تعرض الغير في صورة تكليف على المبيع ، كما إذا ادعى بوجود حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق استعمال ، أو حق إيجار ، لا يكون للمشتري الرجوع بالضمآن ، متى كان عالماً بوجود هذا التكليف . هذا هو الاتجاه السائد في ظل القانون الفرنسي (١) .

ويتفق هذا الاتجاه السائد في ظل القانون الفرنسي مع ما تقضى به المادة ٤٢٩ من قانون الموجبات والعقود اللبني ، التي تفرق بين الاستحقاق الكلي أو الجزئي ، وبين الاعباء التي يدعى بها على المبيع . فقد نصت هذه المادة على : « أنه وإن لم يشترط وقت البيع شيء مختص بالضمان ، فالبايع ملزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله أو لقسم منه ، ومن الاعباء charges المدعى بها على المبيع التي لم يصرح بها عند البيع » . ومعنى ذلك أنه إذا كان يلزم في ظل هذا القانون أن تتوافر ، في حالة الاستحقاق الكلي أو الجزئي للمبيع ، الشروط المتعلقة بضمان الاستحقاق من حيث أن يكون التعرض الصادر من الغير تعرضاً قانونياً ، يستند فيه الغير إلى حق سابق على البيع أو لاحق عليه ولكنه نشأ بفعل البائع ، وأن يكون حالاً قائماً ، فإنه يلزم بالنسبة للأعباء أو التكاليف التي تظهر على المبيع أن تكون غير معروفة من المشتري عند البيع . بمعنى أنه لا يكون له أن يرجع على البائع بالضمان إلا إذا كان حسن النية ، يجهل وجود تلك الاعباء .

ونص القانون اللبني ، كما هو الشأن بالنسبة لنص اتفاقان الفرنسي ، ينصرف إلى جميع الاعباء التي يدعى بها على المبيع ، فلا يقتصر على حقوق

(١) أنظر في هذا : Laurent : المرجع السابق - ٢٤ بند ٢٦٦ ص ٢٦٤ (وهو يقتصر التكاليف على الحقوق العينية) . Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ وما بعده وخاصة بند ٣٨٨ ، وهو يصرّف التكاليف إلى كل الحقوق العينية والشخصية ، وذلك استناداً إلى عمومية نص المادة ١٦٢٦ التي تتكلم « عن الاعباء المدعى بها على المبيع والتي لم يصرح بها عند البيع » :

“des charges prétendues sur cet objet, et non déclarés lors de la vente.”

وأنظر كذلك : Josserand : المرجع السابق - ٢ بند ١١٠٨ ص ٥٧٩ - ٥٨٠ .

Planioi-Ripert et Hamel : المرجع السابق - ١٠ بند ٩٨ ص ١٠٢ - ١٠٤ .

الارتفاق وحدها . ذلك أن كلمة أعباء أو تكاليف charges غير قاصرة على حق معين . وعلى هذا فإن أى حق يثبت للغير على المبيع ، ولم يكن المشتري يعلم به عند البيع ، يحول له الرجوع بالضمان ، سواء كان هذا الحق عينياً أم شخصياً (١) .

— ويقف القانون العراقي كذلك موقفاً مغايراً للقانون المصري (٢) ، ويقترّب من نص القانون الفرنسي والليثاني في هذا الصدد . فقد نص في المادة ١/٥٥٥ منه على أنه «إذا استحق بعض المبيع ، أو كان مثقلاً بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد ، كان للمشتري أن يفسخ العقد» . فففى حالة ما إذا كان المبيع مثقلاً بتكليف ، يلزم لرجوع المشتري بالضمان أن يكون حسن النية ، لا علم له به وقت العقد . فإذا كان المشتري يعلم وقت العقد بالتكليف الذى يتحمل المبيع ، كان سوء النية ، وتبعاً لذلك لا يستفيد من الجزاء الذى قرره القانون في هذا الصدد . وبالإضافة إلى ذلك فقد أورد القانون العراقي في المادة ٢/٥٥٦ نصاً مماثلاً للقانون المصري المتعلق بحق الارتفاق ، يقضى بأنه يفترض فيه أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .

(١) أنظر : Baudry et Sagnat : المرجع السابق بند ٢٨٨ . موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٣٧ وما بعده والمراجع المشار إليها في هذا الصدد . البدراوى : بند ٣٠٠ ص ٤٥٤ . السهورى : ص ٦٥٢ بالهوامش . وتمشياً مع هذا ، حكم في ظل القانون الفرنسى ، تطبيقاً للمادة ١٦٢٦ مدنى ، المقابلة للمادة ٤٢٩ من قانون الموجبات والعقود الليثاني ، بأن بائع المتار العلمى يخطر المشتري بوجود امتداد قانونى للإيجار ، ثم بموافقته إلى أحد المستأجرين ، يئال عن التعويض قبل المشتري ، على أساس أعباء مدعى بها على المبيع ، ولم يصرح بهاحد البيع ، وليس على أساس عيب خفى في المبيع . انظر نقض فرنسى عرائض فى ١٨٨٧/٦/١ (D. P. 88.1.216) . ومحكمة باريس فى ١٩٦٥/١١/٢ (D. 1956. Somm. 132) وانظر كذلك : نقض فرنسى ، الدائرة الاجتماعية فى ١٩٦٢/٧/١٠ (J.C.P. 1962.4.123)

(٢) أما القانون السورى فقد أورد حكماً مماثلاً لما أوردته المادة ٤٤٤/١ من حيث إعطاء التكاليف حكم الاستحقاق الجزئى . ولكنه لم يورد نصاً مماثلاً للمادة ٤٤٥/٢ الخاصه بحقوق الارتفاق . ومعنى ذلك أنه في حالة ظهور حق ارتفاق على المبيع ، يكون حكمه حكم التكاليف بصفة عامة والى نصت عليها المادة ٤١٢ مدنى سورى وأعطاه حكم الاستحقاق الجزئى أنظر كذلك : مصطفى الزرقا : عقد البيع في القانون السورى ، ط ٥ سنة ١٩٦٣ بند ١٦٩

يتضح لنا مما سبق أن كلا من القانون الفرنسي والليناني والعراقي ، قد وقف موقفاً مختلفاً عن موقف القانون المصري في هذا حيث عرض المشرع في تلك القوانين للتكاليف التي توجد على المبيع بصفة عامة ، واستلزم للرجوع بالضمان من أجلها أن يكون المشتري حسن النية ، يجهل وجودها وقت البيع . وكان جديراً بالمشرع المصري أن ينص على ذلك ، كما فعلت تلك القوانين .

ويبدو أن هذا النظر قد لاقى صدى في لجنة مراجعة القانون المدني المصري ، فعدلت المادة ٢/٤٤٥ من القانون القائم ، والتي تتكلم عن حق الارتفاق ، بحيث أصبحت تنصرف إلى الحقوق الأخرى التي توجد على المبيع وتنقص من الانتفاع به . فقد ورد النص بعد تعديله على النحو التالي : «ولا يضمن البائع حقاً ينتقص من انتفاع المشتري بالمبيع إذا كان قد أبان عنه للمشتري ، أو كان هذا الحق ارتفاقاً ظاهراً ، أو ارتفاقاً قانونياً» (١) .

فطبقاً لهذا التعديل المقترح ، يشترط لرجوع المشتري على البائع بالضمان أن يكون حسن النية ، لا يعلم بوجود الحق الذي ينتقص من انتفاعه بالمبيع . فلا يضمن البائع هذا الحق إذا كان قد أبان عنه للمشتري ، بحيث يعتبر هذا الأخير سيء النية . كما لا يضمن حق الارتفاق الظاهر ولا حق الارتفاق القانوني . وسنعود إلى هذا عند كلامنا بصفة خاصة عن ضمان حقوق الارتفاق (٢) .

(١) انظر ما جاء في هذا الصدد بمحضر اجتماع الجلسة رقم ١٠٥ في ١٢/٦/١٩٦٥ ص ٩ من أعمال لجنة المراجعة المذكورة . وانظر كذلك : أنور سلطان وجلال النوى : عقد البيع ١٩٦٦ ص ٣٢٣ هامش رقم ١ .

(٢) وكان يكفي أن ينص في هذا الصدد على أن علم المشتري بوجود تكاليف على المبيع لا يجعل له الحق في الرجوع بالضمان ، كما فعل القانون العراقي في المادة ١/٥٥٥ منق ، خاصة وأن كلمة «تكاليف» تنصرف ، كما قلنا في المتن ، وكما سنرى فيما بعد ، وطبقاً للرأي السائد في ظل القانون الفرنسي ، إلى جميع الحقوق التي تظهر على المبيع . (انظر مع ذلك ما أورده لجنة المراجعة في المحضر السابق ص ٨) . كما أن الاكتفاء بالنص على علم المشتري يشمل كل حالات هذا العلم ، بصرف النظر عن مصدره . وبذلك نتجنب الخلافات القائمة حول هذا الموضوع .

هذا بالنسبة للحكم في ظل القوانين الأخرى ، وما ينبغي أن يكون عليه الوضع من الناحية التشريعية بشأن التكاليف أو الأعباء التي توجد على المبيع ، ومع ذلك فإن الفقه الغالب في ظل القانون المدني القائم يرى مد التواعد الواردة بالنسبة لحقوق الارتفاق إلى التكاليف بصفة عامة ، من حيث كون العلم بها يستقط حق المشتري في الضمان ، فنعرض لذلك فيما يلي .

المبحث الثالث

ما ينتجه إليه الرأي في شأن التكاليف التي توجد على المبيع

١١ - اتجاه الفقه إلى تعميم حكم حقوق الارتفاق ليسرى على كافة التكاليف : وقد انقسم الفقه في مصر حول مد حكم المادة ٢/٤٤٥ المتعلق بحق الارتفاق إلى سائر التكاليف الأخرى التي توجد على المبيع .

إذ يرى البعض من الفقهاء أنه لا يجوز التوسع في هذا الصدد ، والاكتفاء بقصر الاستثناء على حق الارتفاق ، فلا يلحق به في الحكم أى تكاليف أخرى كحق انتفاع أو حق حكر . ومعنى ذلك أن الضمان يتحقق في حالة الحقوق الأخرى غير الارتفاق ، حتى ولو كان المشتري يعلم بها عند البيع (١) .

ويضيف بعض أنصار هذا الاتجاه أنه لا يمكن تطبيق حكم المادة ٢/٤٤٥ الخاص بالارتفاق على الحقوق الأخرى بطريق القياس ، وذلك بالقول ان اعلام البائع المشتري بوجود سبب الاستحقاق لا يفترض معه عدم الضمان . وحتى نكون بصدد اعفاء من الضمان لا بد من اتفاق صريح أو ضمنى بين البائع والمشتري (٢) . ومن الواضح أن هذا الرأي الأخير لا يوافق

(١) أنظر في هذا : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : محاضرات في العقود : الجزء الثاني ، عقد البيع ، بند ١٦٠ ص ٢٥٥ - ٢٥٦ . السهري : عقد البيع ، المرجع السابق ص ٦٥٢ بالهامش وص ٧٠٢ هامش ١ .

(٢) أنظر في هذا : منصور : عقد البيع بند ٨٧ ص ١٨٧ - ١٨٨ . وأنظر كذلك : عبد الفتاح عبد الباقي ، الموضوع المذكور بالهامش السابق .

على مد الحكم الخاص بالارتفاق إلى كافة أسباب الاستحقاق الأخرى ، ولا يقف لدى مد هذا الحكم إلى التكاليف فقط التي قد يتحمل بها المبيع ، حيث يجب أن يفرق في هذا الصدد بين التكاليف من جهة وبين الاستحقاق الكلي أو الجزئي من جهة أخرى ، على ما سئرى (١) .

وعلى خلاف الاتجاه السابق يتجه غالبية الفقهاء في مصر إلى قياس سائر التكاليف الأخرى على الارتفاق ، وذلك في حالة ما إذا أعلم البائع المشتري بوجود التكاليف . وعلى ذلك إذا أعلم البائع المشتري بوجود حق انتفاع على العين المبيعة ، فلا رجوع للمشتري عليه بالضمان إذا ما طالب المنتفع بالانتفاع بالعين . وكذلك الحال إذا أخطر البائع المشتري بأن العين مؤجرة للغير (٢) .

ويقتضى التقياس في هذا الصدد أن يكون البائع قد أبان للمشتري عن التكاليف الواقع على العقار . إذ أنه إذا ما تحقق ذلك افترض أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، كما تقتضى المادة ٢/٤٥٥ بالنسبة لحق الارتفاق . وإذا كان الأمر يتعلق بافتراض في هذه الحالة فعنى ذلك أنه قد يتضح أن ارادة الطرفين لم تنجه إلى ذلك ، أى لم تنجه إلى أن البائع قد اشترط عدم الضمان (٣) . فالافتراض لا يقوم الا على قرينة قانونية بسيطة ، ولذلك

(١) وانظر : أنور سلطان وجلال المدوى ، بند ٤٠٦ حيث جاء أنه : « إذا كان يمكن أن نقيس علم المشتري ببعض الحقوق الأخرى التي قد تنقص من قيمة المبيع أو الانتفاع به على حله بوجود حق ارتفاق ، فإنه لا يمكن أن نقيس علم المشتري بوجود سبب من أسباب الاستحقاق الكلي على علمه بوجود حق ارتفاق على المبيع » .

(٢) اسماعيل غانم : عقد البيع (١٩٥٨) ص ١٧٧ - ١٧٨ . وانظر كذلك سليمان مرقس ومحمد علي أمام : عقد البيع ، بند ٢١٨ ص ٣٤٧ . أنور سلطان : شرح البيع والمقايضة ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٤١ ص ٣٠٣ . البدر اوى : بند ٣٠٠ ص ٤٥٣ - ٤٥٤ . أنور سلطان وجلال المدوى : (١٩٦٦) بند ٤٠٦ ص ٣٢٢ - ٣٢٣ وكذلك : بند ٤٢٠ ص ٣٢٢ . محمد لييب شنب : المرجع السابق آخر بند ١٦٤ ص ٢١٤ .

(٣) سليمان مرقس ومحمد علي أمام : المرجع السابق بند ٢١٨ ص ٣٧٤ . محمد لييب شنب : المرجع السابق بند ١٦٤ في آخره ص ٢١٤ .

يجوز للمشتري أن يهدم تلك القرينة باقامة الدليل على أن الارادة المشتركة لم تقصد اعفاء البائع من الضمان (١)

والواقع أن قصر الحكم السابق على حالة حقوق الارتفاق وحدها لا مبرر له ، خاصة وأن وجود تكاليف أخرى على العقار من شأنها أن تؤثر على قيمة المبيع أو على الانتفاع به ، كما يؤثر وجود حق ارتفاق عليه . ولهذا يجب أن يمتد الحكم الوارد في المادة ٢/٤٥٥ مدني إلى كافة الاعباء أو التكاليف التي تقع على المبيع . ويقول البعض من الفقهاء المؤيدين لهذا الاتجاه ان هذا ليس «سوى تطبيق للمنطق البحث . فالمشتري يحق له أن يعتقد أنه يشتري الملكية التامة الكاملة التي لا يرد عليها قيد أو تكاليف . فاذا كان الواقع على خلاف هذا ، كان على البائع أن يخطر المشتري به ، حتى يدخل ذلك في تقديره للثمن ، بل وللملاءمة المبيع بالحالة التي هو عليها لحاجته . فاذا لم يفعل البائع ذلك ، فاما أنه خرج على مقتضى حسن النية لكتمائه هذا الأمر الجوهري ، وإما أنه كان لا يعلم به ، فهو مقصر . وفي الحالتين يجب أن يكون مسئولاً عما يفاجأ المشتري به بعد البيع من حقوق أو تكاليف » (٢).

هذا هو ما ينبغي أن يكون بالنسبة للتكاليف الأخرى ، غير حق الارتفاق إذ لا يوجد ما يبرر التفرقة بينها ، خاصة وأن حق الارتفاق ما هو الا تكليف أو عبء يتقرر على المبيع . وإذا كان مقتضى القياس في هذا الصدد يستلزم أن يقوم البائع بالابانة للمشتري عن التكاليف الواقع على المبيع حتى يتحقق علم المشتري ، فاننا لا نوافق على موقف المشرع في هذا الصدد من حيث استلزام أن يكون علم المشتري بحق الارتفاق أو بالتكاليف بصفة عامة ، عن هذا السبيل وحده . وسنعود إلى ذلك فيما بعد .

وبالإضافة إلى ما تقدم فانه ينبغي أن يراعى أن عبارة المشرع الواردة في المادة ١/٤٤٤ «إذا وجد مثقلا بتكاليف» تحمل في طياتها معنى المفاجأة

(١) عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٥٥ .

(٢) عبد المنعم البدر اوى : عقد البيع ، المرجع السابق بند ٣٠٠ ص ٤٥٤ .

المشتري . إذ وجود المبيع مثقلاً بتكليف يعنى أنه لم يكن يعلم بذلك وقت البيع ، أى كان حسن النية ، وبالتالي يكون له الرجوع بالضمان . ويفهم من ذلك أنه إذا كان سعى النية ، فانه لن يفاجأ ، وتبعاً لذلك لا يكون له الرجوع بالضمان . فشرط ضمان البائع للتكاليف التى كانت موجودة على المبيع عند البيع هو عدم علم المشتري بها ، دون تحديد لمصدر هذا العلم (١)

المبحث الرابع

التفرقة بين التكاليف وبين الاستحقاق الكلى أو الجزئى

١٢ - ضرورة هذه التفرقة ومبرراتها : يتبين لنا مما تقدم أنه إذا كان يجب أن يسوى بين التكاليف التى توجد على المبيع وبين حقوق الارتفاق من حيث أثر العلم بكل منها (٢) ، فان هذا لا يمتد إلى أسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى للمبيع . إذ أن علم المشتري بأسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى لا يرتب نفس الأثر (٣) .

ذلك أنه إذا كان لا يلزم للرجوع بالضمان - من حيث المبدأ - فى حالة الاستحقاق الكلى أو الجزئى ، توافر حسن نية المشتري ، أى جهله بأسباب الاستحقاق ، فان حسن نية المشتري - على ما نرى - شرط لازم للرجوع بالضمان فى حالة التكاليف . أى أن شرط حسن النية للرجوع بالضمان خاص بالتكاليف فقط ، دون أسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى (٤) ، وذلك طبقاً للرأى السائد فى الفقه ، ولما اتجهنا إليه من قبل .

ويبرر الفقه الفرنسى هذه التفرقة على اعتبار أنه وإذا كان يفترض أن

(١) انظر فى هذا الاتجاه كذلك : البدر اوى : المرجع السابق ص ٤٥٣

(٢) مع مراعاة ان القانون يستلزم فى حالة الارتفاق أن يكون العلم من سبيل معين ، مل ما قلنا .

(٣) وهذا يقتضى أن نحدد المقصود بالتكاليف والمقصود بكل من الاستحقاق الكلى أو الجزئى ، وهو ما سنتولاه فيما يلى .

(٤) ومع ذلك فان علم المشتري بأسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى ، إذا لم يكن من شأنه أن يحرم المشتري بصفه تامة من الرجوع بالضمان ، إلا أنه يرتب بعض الآثار ، كما سنرى فيما بعد عن الكلام عن حالة الاستحقاق .

المشتري قد قبل المبيع مع ما عليه من تكاليف يعلم بها ، فانه لا يمكن القول إنه قد قبل سلفاً خطر الاستحقاق ، حتى ولو علم به ، ما لم يتفق على خلافه . ويرتب على ذلك أن سوء نية المشتري - التي تلعب دوراً هاماً في الآثار التي تترتب على الاستحقاق - لا تؤدي إلى سقوط الضمان كلية الا في حالة التكاليف فقطه (١) .

ويضيف الفقه إلى هذا أنه إذا علم المشتري بالتكليف الذي يقع على المبيع فان هذا يؤدي إلى الاعتقاد بأنه قد قبل أن يحصل عليه مع ما يتحمل به من نقص في الانتفاع . وهذا يعتبر فارقاً هاماً بين هذا النوع من التعرض وبين التعرض في كل المبيع أو بعضه (٢) .

والواقع أنه إذا كان المشتري يعلم بالتكليف الذي يقع على المبيع ، وبأن من شأنه أن يؤثر على الانتفاع به والافادة منه ، ثم تعاقد رغم ذلك ، فان هذا يعني استبعاد الالتزام بالضمان بالنسبة لهذا السبب الذي علم به (٣) .

أما في حالة الاستحقاق الكلي أو الجزئي : فان الأمر يختلف . ذلك أن الالتزام بالضمان لا يسقط عن البائع نهائياً إلا إذا اشترط عدم الضمان ، وكان المشتري يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو كان قد اشترى ساقط

(١) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق ١٠٨ بند ٩٩ ص ١٠٤ - ١٠٥ .
وانظر كذلك حكم نفض مدني فرنسي في ٩ مارس ١٩٣٧ في (D.H. 1937.253) وفي (S. 1937.1.164) . وانظر مع ذلك هامش ١ ص ١٠٥ من المرجع المذكور .

(٢) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٨ ص ١٠٣ . ويضيف هؤلاء الفقهاء (هامش ١ ص ١٠٣) ان هذا الفارق كاف لتبرير الطريقة التي اتبناها المشرع الفرنسي في القانون المدني من حيث اعتباره التعرض المستند إلى قيام تكاليف غير مصرح بها نوعاً ثالثاً من أسباب التعرض ، يختلف عن الاستحقاق الجزئي . انظر كذلك بقية الهامش المشار اليه من المرجع المذكور أعلاه .

(٣) وهذا هو الشأن كذلك بالفسيه لحالة علمه بالتعيب . فعلم المشتري بالتعيب ، واقدمه رغم ذلك على التعاقد ، يعنى استبعاد الالتزام بالضمان بالنسبة للتعيب الذي تحقق العلم بالنسبة له .

الخيار . وهذا ما يقرره المشرع في المادة ٤٤٦ مدني (١) . أما بالنسبة لحق الارتفاق ، فإنه لا يلزم أن يتضمن العقد شرطاً خاصاً بعلم الضمان ، إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري (٢) . وكذلك بالنسبة لساكن التكاليف الأخرى التي يمكن قياسها على حق الارتفاق ، على نحو ما قلنا .

هذا فضلاً عن أن المشتري الذي يتبين سبباً من أسباب الاستحقاق أو يحاط علماً بوجوده ، يأمل دائماً أن البائع سيتخذ من الاحتياطات ما يجنبه هذا الاستحقاق . فإذا لم يقيم البائع بذلك ، كان للمشتري الذي أخطأ التقدير أن يدعي عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالضمان . إلا أنه لما كان من المحتمل أن يكون المشتري قد وثق في البائع أكثر مما ينبغي ، فإن خطأه في هذه الحالة يدخل في الاعتبار لانقاص ما يحكم به عادة على البائع الذي أحل بالتزامه (٣)

المبحث الخامس

تعديد القصور بالتكاليف ولجزءها من حالات الاستحقاق

الجزئي والصوب

١٣ - **تعديد القصور بالتكاليف :** إذا كنا قد بينا أنه ، في ظل القانون الترنسي ، وبعض القوانين الأخرى ، يفرق بين التكاليف التي توجد على المبيع ، وبين الاستحقاق الكلي أو الجزئي من حيث أثر حسن نية المشتري ،

(١) وقد جاء في صدد هذا النص بمذكرة المشروع التمهيدية (الأعمال التحضيرية - ص ١٠٦) ، فإذا كان الاستحقاق ناشئاً عن فعل الغير ، ولم يتعمد البائع إخفاء حق هذا الغير ، صحت شرط علم الضمان ، ولكن البائع يبقى مسؤولاً عن رد قيمة المبيع .. ويكون البائع غير مسئول عن رد شيء ما إذا صحب شرط عدم الضمان أحد أمرين : علم المشتري بسبب الاستحقاق أو شراؤه ساقط الخيار ، لأن البيع في هذه الحالة يكون يمساً استيعاباً .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية أن اعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم الضمان لهذا الحق مقترناً بعلم المشتري بسبب الاستحقاق ، فلا يرجع المشتري بشيء على البائع . ويقوم مقام اعلام البائع للمشتري بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشتري (الأعمال التحضيرية - ص ١٠٦) .

(٣) أنظر في هذا

B. Gross : La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse (Bibliothèque de droit privé, T. XLII) 1964, No. 147, p. 137.

ورأينا أنه ينبغي أن يدخل في الاعتبار علم المشتري بالتكاليف التي توخدها على المبيع أو جهله بها من حيث عدم إمكان رجوعه بالضمآن ، أو من حيث إمكان ذلك ، فانه ينبغي لنا أن نحدد ماذا يقصد بالتكاليف في هذا الصدد.

لا صعوبة في التمييز بين وجود تكاليف على العقار وبين استحقاق المبيع ، في حالة الاستحقاق الكلي . ففي حالة الاستحقاق الكلي تثبت ملكية المبيع للغير ، ويقوم المالك الحقيقي باسترداد المبيع كاملاً . كما يتحقق ذلك أيضاً في حالة ما إذا فشل المشتري نفسه في استرداد المبيع من شخص ثالث كان حائزاً له . في هاتين الحالتين يقع تعرض من المالك الحقيقي . وقد يكون المالك الحقيقي هو المشتري نفسه إذا تغير سنده واكتسب ملكية المبيع بأى سبب آخر . ويقع الاستحقاق كذلك إذا قام المشتري - بعد أن كان قد دفع الثمن - بدفع دين المرتهن الذي باشر التنفيذ على المبيع ، حتى يتلافى نزع ملكية المبيع أو إذا تخلى عنه حتى يتلافى اجراءات نزع الملكية في مواجهته . في جميع هذه الحالات ، يل وفي كل الحالات الأخرى التي يحصل فيها التعرض بالنسبة للمبيع بأكمله ، يقع الاستحقاق الكلي (١).

وفي حالة الاستحقاق الجزئي ، يقع الاستحقاق على جزء من المبيع فقط ، أى في قسم منه ، وقد يقع ذلك على حصة مفرزة أو شائعة . كما يتحقق كذلك في حالة قيام المشتري بدفع مبالغ للدائن ، ورهن العقار المبيع ، حتى يتلافى نزع ملكية العقار ، أو في حالة عدم وجود حق ارتفاق إيجابي مقرر للعقار المبيع على عقار آخر ، كان قد تأكد وجوده عند العقد ، أو كان من الظهور بحيث أمكن للمشتري أن يعول على هذا الوجود (٢).

(١) أنظر في هذا : Laurent : المرجع السابق بند ٢١٦ ص ٢١٦ - ٢١٧ : Aubry et Rau والقانون المادي الفرنسي ط ٥٠٥ ، بند ٣٥٥ من هامش ١٣ : Baudry et Saignat. المرجع السابق بند ٣٥٠ .

(٢) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٧ ص ١٠١ هامش ٣ و ٤ . Beudant : المرجع السابق بند ١٩٧ ص ١٥٠ ، Baudry et Saignat : بند ٣٨٦ وكذلك بند ٣٨٢ .

من هذا يتضح أنه في حالة الاستحقاق الكلي أو الجزئي للمبيع يحرم المشتري من كل مزايا الحق المبيع أو بعضها ، بحيث يشكل ذلك اعتداء على ملكية المبيع كلها أو بعضها ، ويكون المشتري الحق في الضمان في حالة الاستحقاق الجزئي مهما كانت أهمية الجزء الذي وقع فيه الاستحقاق . أما في حالة ظهور تكليف على المبيع ، فإن الأمر يختلف عن ذلك . إذ لا يتعلق الأمر بحرمان المشتري من كل أو بعض حقه في ملكية المبيع ، ولكن يفرض عليه فقط التزام بتحمل نقص في الانتفاع بالمبيع ، دون أن يشكل ذلك اعتداء على حق الملكية (١) .

من ذلك وجود حق انتفاع على المبيع ، فوجود هذا الحق للغير يعتبر تكليفاً يقع عليه ، إذ تظل للمشتري ملكية الرقبة مع تحمله مباشرة بتقضى في الانتفاع . وحق الانتفاع الذي يثبت للغير على المبيع حق عيني يخول لمن تقرر له التمتع ، ويحتج به في مواجهة المشتري . في هذه الحالة يبين التفرص واضحاً ، لأن المشتري لا يحتفظ بالمبيع على حالته ، على الرغم من بقاء حق الملكية ثابتاً له (٢) .

ومن ذلك أيضاً حق الاستعمال (٣) ، ويمكن أن يقاس عليه كذلك حق السكنى . ومن التكاليف التي تقع على المبيع كذلك حقوق الارتفاق التي تقرر للغير على العقار المبيع . وقد رأينا من قبل أن المشرع قد أفرد لحقوق الارتفاق نصاً خاصاً هو نص المادة ٢/٤٤٥ ين فيه شروط الرجوع بالضمان عند وجودها (٤) . ومن هذه التكاليف كذلك وجود حق حكر على المبيع (٥) : ولا يلزم أن يكون التكاليف في صورة حق عيني على المبيع ، بل يصح أن

-
- (١) Planiol Ripert et Hamel المرجع المشار اليه بالهامش السابق بند ٩٨ ص ١٠٢ .
 (٢) أنظر : Beudant المرجع السابق بند ١٩٦ ص ١٥٠ . ثم أنظر كذلك نقض مدني فرنسي في ١١ يونيو ١٩٥٤ (J.C.P. 1954, II. 8288) حيثيات الحكم ، وتعليق Becque .
 (٣) Baudry et Saignat المرجع السابق بند ٣٨٨ .
 (٤) أنظر كذلك : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ Beudant : بند ١٩٧ ص ١٥٠ ، Planiol-Ripert et Hamel : بند ٩٨ ص ١٠٢ .
 (٥) Laurent : المرجع السابق - ٢٤ بند ٢٦٦ ص ٢٦٤ وهامش ٢ . وانظر كذلك : استئناف مختلط في ٦ ديسمبر ١٩٣٢ ورد في المحاماة ص ١٤ رقم ٢٠٤ قسم ٢ ص ٣٩٧ .

يكون في صورة حق شخصي كحق إيجار ، أو امتداد قانوني للإيجار . وهذا الأمر مسلم به في ظل القانون الفرنسي (١) . ذلك أن المادة ١٦٢٦ منه ، والتي وضعت المبدأ العام في الضمان ، قد وردت في عبارات عامة مطلقة مبينة أن البائع يضمن للمشتري الاعباء أو التكاليف المدعى بها على المبيع ، والتي لم يصرح بها عند العقد . ولهذا لم يكن الأمر محل خلاف (٢) . أما في مصر ، فلا مجال للخلاف في ظل القانون المدني القائم . إذ لم يستلزم المشرع أن يكون الغير الذي يتعرض للمشتري مستنداً إلى حق عيني . فقد اكتفت المادة ٤٣٩ مدني بالنص على أن يكون للغير الذي يتعرض للبائع «حق على المبيع ، يحتاج به على المشتري» ، ولم يخصص هذا الحق بأن يكون حقاً عينياً أم حقاً شخصياً .

وبالإضافة إلى ما سبق ، فإن الفقه الفرنسي يعتبر من التكاليف التي توجد على المبيع وجود ايراد دائم *une rente perpétuelle* متعلق بالعقار المبيع لصالح ملجأ . ذلك أن الالتزام بدفع الايراد في هذه الحالة ينقص من الانتفاع بالعقار المبيع (٣) .

-
- (١) أنظر مع ذلك : Laurent : الموضع المشار اليه بالهامش السابق .
 (٢) أنظر في هذا : Baudry et Sagnat : المرجع السابق بند ٣٨٨ Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق ص ١٠٢ هامش ٣ والأحكام العديدة المشار اليها . موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٤٣١ في آخره . وقد حكم القضاء الفرنسي في هذا الصدد ، وتطبيقاً للمادة ١٦٢٦ بأن بائع العقار الذي لم يحظر وجود امتداد قانوني للإيجار ، تم موافقته إلى أحد المستأجرين ، يسأل عن التعويض قبل المشتري على أساس اعباء مدعى بها على المبيع ، ولم يصرح بها عند البيع ، وليس على أساس حيب غش في المبيع (أنظر نقض فرنسي في ١٨٨٧/٦/٦ (D. P. 1888-1-216) . اريس ١٩٥٥/١١/٢ (D. 1956. Somm. 132) وأنظر كذلك حكم الدائرة الاجتماعية في ١٩٦٢/٧/١٠ ((J.C.P. 1962-4-123)). ثم أنظر نقض مدني في ١٦ ديسمبر ١٩٥٨ (D. 1959.34) وذلك بالنسبة لبيع تم مع حق في تعويض الاضرار الناشئة بسبب الحرب ، دون أن يبين في العقد أن هناك إيجاراً قد تم من قبل ينحول للمستأجرين الحق في العودة إلى العين . (٣) أنظر : Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق ص ١٠٢ هامش ٣ . ويبدو أن الأمر قد عرض في حكم لهيئة النقض الفرنسية في ١٨٩٢/١/٢٨ (D. 1862.1.159) وقد اعتبرت المحكمة أن هذا البيع واجب الفسخ لعدم قيام البائع بالتزامه بالتسليم . وقد انتقد الفقهاء المذكورون أعلاه هذا الحكم على أساس أن الأمر لا يتعلق بفسخ لعدم التسليم ، ولكن يتعلق بتطبيق قواعد ضمان التكاليف أو الاعباء غير المصرح بها .

— نخلص مما تقدم إلى أن تحديد الاعباء أو التكليف التي توجد على المبيع يقتضى القول بأن كل ما يفرض على المشتري التزاماً يتحمل نقص في الانتفاع بالمبيع ، دون أن يشكل ذلك اعتداء على حق الملكية كله أو بعضه ، يعتبر تكليفاً . وهو يعتبر كذلك ، ولا يعد استحقاقاً جزئياً ، حتى ولو كان من شأنه أن ينقص من قيمة المبيع (١) .

وإذا ما تعلق الأمر بتكليف على المبيع ، ترتب على ذلك أن علم المشتري به عند البيع يسقط حقه في الضمان (٢) على ما قدمنا . كما أن ظهور تكليف على المبيع يجعل من التعرض سبباً حالاً قائماً ، حتى ولو لم تكن هناك منازعة قضائية ، يخول للمشتري الرجوع مباشرة بالضمان ، متى كان حسن النية . يجهل وجود هذا التكليف عند البيع . ذلك أن مجرد اكتشاف التكليف يعتبر نقصاً حالاً مباشراً في الانتفاع ، ويخول الحق في الضمان . وفي هذا يختلف ظهور تكليف على المبيع عن حالات الاستحقاق الجزئي ، حيث لا يمكن الالتجاء إلى دعوى الضمان إلا إذا صار التعرض حالاً قائماً (٣) .

وعلى الرغم من هذا المعيار في تحديد المقصود بالتكليف . إلا أن من الحالات ما تدق فيها التفرقة ويثور فيها الخلاف حول ما إذا كان الأمر يتعلق بتكليف على المبيع أم باستحقاق جزئي .

١٤ - الخلاف حول وصف بعض الفروض، وهل هي تكليف أم حالات استحقاق جزئي : لا صعوبة حول معرفة ما إذا كان الاستحقاق كائناً . أما في حالة الاستحقاق الجزئي فمستحسن تدق التفرقة في بعض الفروض بين ما إذا كان الأمر يتعلق باستحقاق جزئي أو بتكليف . وقد قدمنا أن

(١) انظر Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٨ . Laurent المرجع السابق بند ٢٦٦ ص ٢٦٤ . انظر كذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٢٩ .

(٢) مع مراعاة ما يقضى به القانون في هذا الصدد بالنسبة لحق الارتفاق ، ومع مراعاة تحديد المقصود من العلم في هذا الصدد ، حل ما أشرنا إليه من قبل ، وحل ما سئى فيها بعد .

(٣) انظر في هذا : Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٨ ص ١٠٣ .

Josserand المرجع السابق بند ١١٢٠ ص ٨١ .

تحديد ذلك يرتب نتائج مختلفة من حيث علم أو جهل المشتري بسبب التعرض ،
وذلك طبقاً للرأى الذى يبناه من قبل .

ومن هذه الحالات ما عرض على القضاء الفرنسى بالنسبة لعمود للكهرباء
كان مملوكاً لاحدى شركات توزيع الكهرباء وقائماً فى العقار المبيع (١).
وقد قيل إن هذا يعتبر استحقاقاً جزئياً أكثر منه تكليفاً أو عبئاً غير
مصرح به (٢) .

كما يثور الأمر بالنسبة لحقوق الارتفاق ، وإذا كنا قد قلنا أن تخلف
حقوق الارتفاق الإيجابية ، المقررة للعقار المبيع على عقار آخر ، يعتبر
استحقاقاً جزئياً ، وأن تحمل العقار المبيع بحقوق ارتفاق لصالح عقار مجاور
يعتبر تكليفاً ، فإن من الفقهاء من يرى أن الأمر فى هذه الحالة الأخيرة يتعلق
باستحقاق جزئى . ومع ذلك فإنه يبدو مما أورده بعض الفقهاء فى هذا الصدد
أن تشبيه حقوق الارتفاق بالاستحقاق الجزئى إنما هو فقط من حيث الآثار
التي ترتب على الاستحقاق الجزئى (٣) . أما من حيث أن العلم بها يسقط
الحق فى الضمان ، كما هو الشأن بالنسبة للتكاليف الأخرى ، فإن الحكم
يختلف حيث يستلزم القانون الفرنسى للضمان استناداً إليها أن تكون غير
ظاهرة ، وغير مصرح بها منذ البيع (٤) . وهذا هو الحكم فى القانون المصرى
كذلك بالنسبة لحقوق الارتفاق ، على ما سرى .

ويثور الأمر أيضاً بالنسبة لحالة ظهور رهن على المبيع . إلا أنه ينبغى

(١) أنظر محكمة السين المدنية فى ١٩/٦/١٩١٣ (Gaz. Trib. 1913.2.254) انظر كذلك
أمثلة أخرى فى موسوعة هالوز تحت «بيع» رقم ١٣٤٠ .

(٢) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق ص ١٠٢ هامش ٢

(٣) أنظر فى هذا : Laurent : المرجع السابق ، بند ٢٦٥ ص ٢٦٣ .

Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ .

وأنظر مع ذلك Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٨ ص ١٠٢ حيث تقرّر
أن الارتفاقات السلبية إنما هى أعباء على المبيع وقد أشار إلى حكم Angers فى ٢٧ فبراير ١٨٦٧
(S. 67.2.251) وفى : (D. 67.2.66)

(٤) أنظر : Beudant : المرجع السابق بند ١٩٧ ص ١٥٠ - ١٥١

أن يراعى في هذا الصدد أن مجرد وجود رهن على المبيع لا يعرض المشتري لنقص في الانتفاع ، وإنما يعرضه فقط لخطر الاستحقاق ، ولهذا لا يعتبر تكليفاً يقع على المبيع . وتبعا لذلك لا يعد مجرد علم المشتري بوجوده وقت البيع مستطفاً لحقه في الضمان . ذلك أن الرهن ليس التهديداً باستحقاق المبيع إذا ما أراد الدائن مباشرة إجراءات نزع الملكية ، أما قبل ذلك فإن البائع يأمل دائماً أن يتخلص منه . ويظل التزامه بالضمان قائماً حتى ولو كان المشتري قد علم به منذ البداية (١).

وإذا كان الرهن يختلف عن التكاليف التي تقع على العقار ، على ما بينا من حيث أثر العلم به وقت البيع ، وكان مجرد وجوده لا ينحول الرجوع على البائع بالضمان ، إذ ليس هناك خطر تعرض حال ، فإنه إذا تحقق هذا الخطر كان للمشتري الحق في الضمان . وهذا ما يقرره الفقه وتأخذ به محكمة النقض المصرية . فقد قضت بأن «حق الضمان لا ينشأ الا من وقت منازعة الغير للمشتري في حيازته للمبيع وانتفاعه به ، منازعة مبنية على دعوى حق «عيني» (الحكم في ظل القانون القديم) . أما مجرد اكتشاف وجود حق رهن على العين المبيعة ، دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشتري ، ومع احتمال حصول تلك المعارضة في المستقبل ، فلا يبيح قانوناً للمشتري رفع دعوى الضمان ، لجواز عدم حصول التعرض فيما بعد من صاحب حق الرهن (٢) .

(١) انظر في هذا Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٨ ص ١٠٣ . Jossereand : بند ١١١٠ ص ٥٨١ . Baudry et Saignat : بند ٣٥١ . Laurent : بند ٢١٨ . وانظر كذلك : البهراوى : المرجع السابق ص ٤٥٢ . اسماعيل غانم : ص ١٧٨ . السهورى : ص ٦٤١ بالهامش وكذلك ص ٦٥٢ بالهامش . وانظر مؤلفنا عقد البيع في القانون اللبناني ، المرجع السابق ص ٣٦١ - ٣٦٢ وهامش ١ ص ٣٦٢ .

(٢) نقض مدني في ١٩٣٢/٣/٣ طعن رقم ٤٢ ص ١ ق مجموعة النقض في ٢٥ سنة تحت بيع قايمة ٧٢ . وانظر كذلك محكمة استئناف مصر في ٣ ديسمبر ١٩٣٥ المحاماة ص ١٦ رقم ٢١٩ ص ٥٠٢ .

١٥ - الإعباء أو التكاليف والعيوب الخفية (١) : قد يكون من العسير

في بعض الأحيان وضع حد فاصل لمعرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بعيب خفي أو بتكاليف يقع على المبيع ، خاصة وأن وجود عيب في المبيع يقتض من قيمته ، وأن مثل هذا النقص يترتب كذلك في حالة ظهور تكاليف أو أعباء ، إذ تعتبر هذه الأعباء بمثابة استحقاق جزئي (٢).

ولعل قيام هذا التشابه من حيث أثر كل من النظامين في قيمة المبيع هو الذي يدعو إلى الخلط بينهما للدرجة أن القضاء يستند إلى النصوص الخاصة بكل منهما في آن واحد ، دون أن يضع حداً فاصلاً بين نطاق كل منهما (٣).

ومع ذلك فانه يجب أن يفرق بين كل من الحالتين (٤) : ذلك أنه في حالة ظهور تكاليف أو أعباء على المبيع ، سواء كانت حقوق ارتفاق أم غيرها من الحقوق الأخرى ، عينية كانت أم شخصية (٥) ، يوجد حق

-
- (١) أنظر مؤلفنا عقد البيع : الاسكندرية في ١٩٦٩ - ١٩٧٠ بند ٢٢٦ ص ٤١٨ .
(٢) أنظر مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، المرجع السالف الذكر بند ١٩٤ وما بعده .
وانظر كذلك Baudry et Sagnat : المرجع السابق بند ٣٩١ .
وفي القانون الفرنسي القديم كان وجود حق ارتفاق غير ظاهر على العقار معتبراً كالعيب الخفي ، ويخول دعوى ضمان العيوب الخفية . أنظر Pothier : في عقد البيع بند رقم ٢٠١
(٣) أنظر في ذلك حكماً محكمة النقض الفرنسية ، حيث استندت المحكمة في آن واحد إلى نص المادتين ١٦٢٦ و ١٦٣٨ بالنسبة للأعباء وحقوق الارتفاق ، ونص المادة ١٦٤١ (بالنسبة لعيب الخفي ، وهو صادر في ٢١ أبريل ١٨٧٤ عرائض في (D. 1875.1. 183) وفي (S. 1874.1. 243) وذلك على الرغم من أن الأمر كان يتعلق بعيب خفي إذ تبين وجود قطره تقع في أعلى مجرى الماء الذي يعتمد عليه في إدارة الطاحونة ، وكانت القطرة تقلل من قوام الماء التي يعتمد عليها المشتري في إدارة هذه الطاحونة .
(٤) أنظر الأهمية العملية لمتفرقة بين التكاليف غير المصرح بها والعيوب الخفية : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٣٨ .
(٥) وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية (الفرقة الثالثة قرار ٧٦ لسنة ١٩٦٠ مجموعة باز

٨ ص ١٨٠) بأن البائع يضمن ما يصيب المشتري من الأعباء التي يدهي بها المستأجرون على المبيع والتي لا يصرح بها عند البيع ، وأن وجود مستأجر في العقار المبيع رغم التصريح من قبل الباعة بتسليم المبيع حراً من كل اجارة - لا يؤلف عيباً في المباع بمعنى المادة ٤٦٣ موجبات .

للغير ينقل المبيع . فالمبيع سليم لا عيب فيه ، ولكنه يحمل بتكليف هو حق للغير . أما في حالة العيب فإن المبيع لا يوجد عليه حق لانعيز ، ولكنه يكون معيباً بعيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه ، بحسب الغاية المقصودة (١) .

ولقد كان لهذا الخلاف بين النظامين أثره من حيث وضع قواعد خاصة تنظم وجود عيب خفى بالمبيع ، كما تنظم حالة وجود تكاليف أو أعباء على المبيع ، وقد أخضع المشرع تلك الحالة الأخيرة لأحكام الاستحقاق الجزئي وذلك بالنسبة لرجوع المشتري على البائع بالضمآن ، فقررت المادة ١٧٤٤ مدني مصري أنه : "إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرأ لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبنية في المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه (٢) .

المبحث الثالث

حالة حقوق الارتفاق

١٦ - **تقسيم الموضوع** : قدمنا أنه لكي يستطيع المشتري الرجوع بالضمآن على البائع ، عندما يوجد تكاليف على المبيع ، فانه يلزم أن يكون حسن النية ، لا يعلم عند العقد بوجود هذه التكاليف . ولا شك في أن هذا الحكم يسرى على الحقوق التي يدعى بها الغير على المبيع ويكون من شأنها أن تنقص من قيمته ، ومن بينها حقوق الارتفاق ، باعتبار أنها تخلل ضمن التكاليف أو الاعباء التي تقع على المبيع . ومع ذلك فإن لحقوق الارتفاق

(١) فظهر حتى ارتفاع على المبيع يعلم البناء يعتبر تكليفاً ينقص من قيمته ، في حين أن استعانة البناء على الأرض المشتراة بسبب عيب في التربة يعتبر عيباً خفياً ، يحمل المبيع غير صالح للاستعمال في الفرض الذي أعد له (أنظر : De Page : المرجع السابق ج ٤ بند ١٢٦) .

(٢) أنظر كذلك : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٩١ . Planiol-Ripart et Hamal : المرجع السابق ص ١٠٣ وهاش ٢ . Limpens : البيع في القانون البلجيكي ، المرجع السابق بند ٣٩٣ ص ١٧٢ . وانظر مؤلفنا . عقد البيع في القانون اللبناني ، المرجع السابق ص ٤٦٩ هامش ٢ . وانظر كذلك : السبوري ص ٧٠٣ بالهامش .

وضعاً خاصاً . ولهذا نعرض لها استقلاً عن التكاليف بصفة عامة (١) فتكلم عن حقوق الارتفاق التى تنشأ بفعل الانسان ، أى تلك التى تنشأ عن الأفعال أو الأعمال القانونية ، وهى حقوق الارتفاق بالمعنى الصحيح . ثم تتكلم عن حقوق الارتفاق الطبيعية أو الارتفاقات القانونية ، وهى القيود القانونية التى ترد على الملكية .

١٧ - أولاً : الارتفاقات الناشئة عن الأفعال أو الأعمال القانونية التى يعدها

الإنسان : نصت المادة ٢/٤٤٥ مدنى مصرى على أنه : « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » (٢) .

يتضح من هذا النص أن حقوق الارتفاق قد تكون ظاهرة ، أو قد تكون غير ظاهرة ولكن يكشف عنها البائع للمشتري . فى هاتين الحالتين يختلف الحكم عن الحالة التى يكون فيها حق الارتفاق غير ظاهر ، ولا يكشف البائع عنه للمشتري .

١٨ - حالة حقوق الارتفاق غير الظاهرة وغير المصرح بها من البائع :

فاذا كان حق الارتفاق غير ظاهر ، ولم يكشف عنه البائع للمشتري ، فانه

(١) وراجع أيضاً أننا نتكلم فى هذا الصدد عن التكاليف التى تقع على المبيع ، ومن بينها حقوق الارتفاق . ولكن يثور الأمر بالنسبة لحقوق الارتفاق التى تكون مقررة للمبيع على عقار الغير ، أو حقوق الارتفاق الإيجابية ، كما إذا احتج المشتري على أن العقار حق ارتفاق على العقار المجاور ، بأن كان هذا الحق قد ذكر فى العقد ، أو كان ظاهراً بحيث يمكن القول انه اعتمد على وجوده ، ثم تبين أنه غير موجود ، أو أنه ليس إلا عملاً من أعمال التسامح من جانب الجار فى هذه الحالة يكون المشتري أن يرجع على البائع بالضمان على أساس وجود استحقاق جزئى . أنظر Baudry et Sagnat المرجع السابق بند ٣٨٦ و ٣٩٠ . De Page : المرجع السابق ج ٤ بند ١٤٠ . وفى هذه الحالة تنطبق القواعد التى تسرى فى حالة رجوع المشتري على البائع عند الاستحقاق الجزئى من حيث حسن أو سوء النية . أنظر كذلك : السهرورى : المرجع السابق ص ٧٠٤ بالهامش ١ . (٢) ويلاحظ البعض من الفقهاء أن عبارة « عدم الضمان » الواردة فى هذا النص يراد بها انقاص الضمان لا إسقاطه (أنظر منصور : ص ١٤٨ هامش ١) . ومع ذلك فان تفسير هذه العبارة على ضوء النص يعنى أنها تنصرف إلى عدم ضمان حق الارتفاق . وهذا خلافاً للمادة ١/٤٤٤ حيث تنصرف عبارة « عدم الضمان » إلى إسقاط الضمان بصفة عامة .

يؤخذ من نص المادة ٢/٤٤٥ مدني أنه يكون لهذا الأخير اللجوء إلى إعمال أحكام الضمان التي بينها القانون . ومعنى ذلك أن رجوع المشتري بالضمان يتوقف على عدم علمه بحق الارتفاق ، أى على حسن نيته ، سواء كان عدم علمه بحق الارتفاق ، ناشئاً من كون هذا الحق غير ظاهر ، أم من عدم إبانة البائع عنه ، وبصرف النظر عن أهمية هذا الحق ، أو مداه ، خلافاً لما نص عليه في المادة ١/٤٤٤ مدني بالنسبة للتكاليف الأخرى، حيث يستلزم المشرع أن تكون «خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد...» ، فلم يضع المشرع بالنسبة لحقوق الارتفاق نفس الحكم الذي وضعه بالنسبة للتكاليف التي يتحمل بها المبيع ، مع أنه ينبغي أن يكون الحكم واحداً في الحالتين ، إذ لا تختلف حقوق الارتفاق عن التكاليف إلا من ناحية ظهورها أو عدم ظهورها ، وهذا هو ما يبرر وجود نص خاص بها (١) . أما فيما عدا ذلك ، فإن من المسلم به أن حقوق الارتفاق ما هي إلا تكاليف تقع على العين . ولهذا نرى إعمال حكم المادة ٤٤٤ التي تفرق بين ما إذا كان الحق الذي يتحمل المبيع جسيماً أم لم يكن كذلك .

وإذا ما استلزم للرجوع بالضمان ، في حالة ظهور ارتفاق على المبيع ، أن يكون المشتري حسن النية ، وأن يكون الأمر من الجسامة إلى حد يمكن معه التقدير أن المشتري ما كان يقدم على الشراء لو علم حقيقة الأمر ، فإن تقدير جسامة تلك الحقوق من المسائل الواقعية التي تترك لتقدير القضاء .

هذا إذا كان حق الارتفاق غير ظاهر وغير مصرح به من البائع طبقاً لما يستلزمه القانون .

(١) ويستلزم القانون المقارن أن تكون حقوق الارتفاق ، التي يرجع بالضمان من أجلها كبيرة الشأن بحيث يلحق وجودها ضرراً جسيماً بالمشتري ، وبحيث أنه ما كان يقدم على الشراء لو علم حقيقة الأمر . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٣٩ من قانون الموجبات البتاني حيث تستلزم أن تكون الحقوق (المقصود حقوق الارتفاق طبقاً لما ورد في النص الفرنسي للمادة) «كبيرة الشأن إلى حد يمكن معه التقدير أن المشتري لو علم بها لما اشترى...» . وانظر كذلك المادة ١٦٣٨ مدني فرنسي .

١٩ - حالة حقوق الارتفاق الظاهرة لو التي يكشف عنها البائع :
أما إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، أو كان غير ظاهر لكن أبان البائع
عنه للمشتري ، لا يكون لهذا الأخير الرجوع بالضمان . إذ يفترض المشرع
في هذه الحالة أن البائع قد اشترط عدم الضمان .

والواقع أنه إذا كان الارتفاق ظاهراً ، فإن المشرع يفترض أنه يكون على
المشتري أن يعلم بما ينقل المبيع من حقوق ارتفاق ، حتى لو لم يذكر شيء
في العقد يتعلق بها (١) . فجرد ظهور حق الارتفاق يكفي لاسقاط الضمان ،
سواء علم به المشتري فعلاً ، أم لم يعلم ، طالما كان في استطاعته ذلك .
فاذا كان الارتفاق غير ظاهر ، لا يخلو الأمر من أحد أمرين ، إما أن يجهله
المشتري ، وإما أن يعلم به .

وفي الحالة الأولى يكون حسن النية ف يرجع بالضمان ، على ما قدمنا . أما
في الحالة الثانية ، أي حالة العلم بحق الارتفاق ، فإن هذا العلم قد يكون
عن طريق البائع ، وقد يكون من أي سبيل آخر .

(١) Baudry et Saignar : المرجع السابق بند ٣٨٦ . إذ على المشتري أن يعلم بحقوق
الارتفاق الظاهرة ولا يستطيع التمسك بالجهل بها . أنظر في القضاء الفرنسي : محكمة Limoges
في ١١ نوفمبر ١٨٩١ (D.P.1893.2.537) . وانظر كذلك : Aubry et Rau : ج ٥
بند ٣٥٥ هامش ٥٦ والمراجع الواردة فيه . Beudant : ج ١١ بند ١٩٧ . Ploniol-Ripert
et Hamel : ج ١٥ بند ١٠٢ .

فاذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، ومع ذلك أكد البائع أنه غير موجود ، وأن المبيع خال
من الارتفاق ، كان للمشتري أن يلجأ إلى إعمال الجزاء الذي نص عليه القانون في هذا الصدد .
إذ أنه يتخذ على تأكيدات البائع ، ولا ينتظر إلى ما يبين أنه حق ارتفاق إلا على أنه مجرد عمل
من أعمال التأمع . ويترتب الفتنه في هذا الصدد أنه لا يلزم أن يؤكد البائع نخلو المبيع من حقوق
الارتفاق ، وإنما يكفي أن يعلن بصراحة عامة أنه خال من أي ارتفاق . أنظر في هذا : Baudry
et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٩ . والمثل الذي ضربه في هذا الصدد بالنسبة لحالة بيع عقار
مع وجود منزل مجاور له مطلق مباشر ليس على المسافة القانونية . ولكن البائع يعلن أن مالك
المنزل المجاور ليس له أي سند ، وأن للمشتري أن يجزه على سبب النزاع . فإذا كانت النزاع ثمة
أكثر من ٣٠ سنة (مدة التتقدم الطويل في القانون الفرنسي) ، وتم اكتساب حق المخلو بالتقدم ،
فإن البائع لا شك يكون هدفناً للمشتري .

فاذا كان العلم عن طريق البائع نفسه ، فان القانون المصرى يفترض أن هذا البائع قد اشترط عدم الضمان . وهذا ما يصرح به نص المادة ٢/٤٤٥ مدنى ، كما قلنا .

أما إذا كان المشتري قد علم بحق الارتفاق من أى سبيل آخر ، فإذا يكون الحكم ؟ هذا ما يجعلنا نعترض لمصدر علم المشتري بوجود الحق ، وكذلك للعلم المستمد من التسجيل .

٢٠ - هل يلزم أن يعلم المشتري بوجود الارتفاق عن طريق البائع نفسه ؟ قلنا أن المشرع المصرى يستلزم أن يكون اعلام المشتري بوجود حق الارتفاق عن طريق البائع نفسه . إذ يجب أن يعلمه بوجود حق ارتفاق معين على المبيع . وهذا الاعلام يتم فى أية صورة من الصور ، كتابة أم شفهاً ، بحيث يكون على البائع اثبات ذلك عند النزاع حول هذا الأمر (١).

فاستلزام أن يكون اعلام المشتري بالحق عن هذا الطريق الذى رسمه القانون ، يعنى كما يقول النص أنه «يفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان» . وإنما يلزم لكى يفترض ذلك فى المشتري ، أن يتم الاعلام من البائع نفسه . وتقول المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : «ولاعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترناً بعلم المشتري بسبب الاستحقاق ، فلا يرجع المشتري بشئ على البائع . ويقوم مقام اعلام البائع للمشتري بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشتري» (٢) .

فلاعلام من البائع يفترض معه أنه قد اشترط عدم الضمان . وهذا ما دعا إلى القول بأن علم المشتري يجب أن يحصل من أحد طريقين : أما من كون الحق ظاهراً ، وإما من إعلام البائع له . فلا يكفى إذن لاسقاط الضمان -

(١) أنظر فى هذا : السهورى : المرجع السابق ص ٧٠٤ وهامس ٢ . وكذلك

Planiol-Ripert et Hamel : ج ١٠ المرجع السابق بند ١٠٢ ص ١٠٩ هامش ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٤ ص ١٠٦ .

كما قيل - أن يكون المشتري علماً بحق الارتفاق من طريق آخر غير هذين ، كأن يعلمه شخص آخر أو نائبه ، أو يعلم به من تلقاء نفسه . ذلك أن علم المشتري بحق الارتفاق والذي يترتب عليه إسقاط ضمان البائع ، يجب أن يكون علماً يتطوّل فيه معنى إسقاط الضمان . وهذا متحقق في حالة ما إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، حيث يكفي ذلك لجعل البائع يعتقد أن المشتري يعلم بوجود حق الارتفاق ، ويرضى فيه بإسقاط الضمان . ومن ناحية أخرى ، فإن قيام البائع نفسه بإعلام المشتري به ، كاف هو أيضاً في افتراض أن هذا الإعلام بمثابة اتفاق ضمني على عدم الضمان . وعلى خلاف ذلك حالة علم المشتري بحق الارتفاق من طريق آخر ، حيث لا يتوافر فيه هذا المعنى . هذا ما اتجه إليه فريق من الفقهاء (١) .

ومع ذلك فإنه ينبغي أن ينظر عند الإعفاء من الضمان ، إلى جانب المشتري ، والوقوف على ما إذا كان يعلم أو لا يعلم بوجود حق ارتفاق ، أو بصفة عامة بوجود أى تكليف على المبيع . هذا العلم هو الذى ينبغي أن يدخل في الاعتبار . إذ يكفي أن يكون المشتري سىء النية ، حتى يحرم من الرجوع بالضمان . أى يكفي أن يعلم عند البيع بوجود الارتفاق أو التكليف حتى يعد أنه قد تنازل عن الرجوع على البائع ، بصرف النظر عن مصدر هذا العلم ، حتى ولو كان عن غير طريق البائع نفسه . إذ يستوى في هذا الصدد علم المشتري بالارتفاق لأنه ظاهر ، أو لأن البائع قد أعلمه به ، أو لأنه قد علم به من أى سبيل آخر . في جميع تلك الحالات يحمل أقدام المشتري على الشراء على أنه قد قبل التحمل بحق الارتفاق ، دون أن يكون له

(١) أنظر : السهورى : المرجع السابق : بند ٣٥٨ ص ٧٠٥ . منصور : المرجع السابق بند ٨٧ ص ١٨٧ . عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق بند ٣٠٤ ص ٣٦٢ وما بعدها . اسماعيل غانم : المرجع السابق ص ١٧٨ . ومع ذلك فإنه إذا كان يرى أن مجرد علم المشتري بقاء بوجود الارتفاق أو التكليف لا يكفي لقيام القرينة القانونية على الاتفاق على الإعفاء من الضمان ، إذ أن شرطها أن يكون العلم بالارتفاق راجعاً إلى إعلام البائع للمشتري ، إلا أنه يضرب إلى ذلك أن العلم المجرّد قد يصلح أساساً تستخلص منه المحكمة قرينة قضائية على وجود شرط بعدم الضمان .

الرجوع بالضمآن ، وذلك لانتهاء حسن النية الذى يجب أن يحميه القانون
فى هذا المجال .

ومما يؤيد هذا أن المشرع نفسه بالنسبة لحق الارتفاق الظاهر لم يترجم
أن يكون العلم به عن طريق البائع حتى يفترض عدم الضمان . ولكنه اكتفى
بعلم المشتري من مجرد ظهور الحق . فالعلم المستمد من مجرد ظهور الحق
ينزل منزلة اعلام البائع للمشتري به فى حالة خفاؤه ، باعتبار أن المشتري
قد عاين المبيع ورأى حق الارتفاق ، أو أنه كان فى استطاعته رؤيته ، فإذا
سكت اعتبر أنه رضى بعدم الضمان . وإذا كان العلم من مجرد ظهور
الحق ينزل منزلة العلم عن طريق البائع من حيث الحكم ، فإن العلم بالفعل
بحق الارتفاق غير الظاهر (أو بالتكاليف بصفة عامة) من أى سبيل آخر ،
ينبغى أن يأخذ نفس الحكم من حيث اسقاط الضمان من البائع (١) .

وعلى ذلك إذا كان ينبغى أن يعلن البائع عن حق الارتفاق للمشتري
حتى يتخلص من الضمان ، فإنه يعنى كذلك إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ،
بحيث يعلم به المشتري أو يكون فى إمكانه أن يعلم به بسبب هذا الظهور .
كما يعنى أيضاً إذا كان المشتري قد علم من أى سبيل آخر . ولكن يترجم
فى هذه الحالة الأخيرة أن يكون قد علم فعلاً بوجود الحق ، ولا يكفى أن
يكون فى إمكانه العلم به لو أنه اتخذ قدراً من الحيلة والتبصر . ويقع على
البائع ، عند النزاع ، إثبات أن المشتري كان يعلم به فعلاً (٢) . ويكون هذا
الإثبات بكافة الطرق ، بما فيها البيئة والقرائن (٣) . فالعبارة اذن بالعلم

(١) فإذا كان البائع يعلم ان المشتري حل بينة من حق الارتفاق ، فإن هذا أيضاً كاف لجملة
بمقتضى أن هذا المشتري رضى باسقاط الضمان ، لأنه اشترى وكان حل بينة من أمره وقت البيع .
(٢) Baudry et Sagnat المرجع السابق بند ٣٨٦ . موسوعة دالوز - ه تحت "بيع"
رقم ١٣٦٠ .

(٣) Planiol-Ripert et Hamel: المرجع السابق ص ١٠٩ وهامش ه . وقد يستتج
من عقد البيع ذاته ، وقد يؤخذ من أوراق أو وثائق أخرى غير العقد . انظر نقض
مدن فرنسي في ١١ يونيو ١٩٥٤ (J.C.p. 1954. II. 8288) وتعليق Bécqué . وانظر
كذلك موسوعة دالوز تحت "بيع" رقم ١٣٥٨-١٣٥٩ ، وانظر حكم محكمة النقض المصرية =

الحقيقي للمشتري في هذه الحالة الأخيرة ، حتى لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان ، مع مراعاة ما سذكروه فيما بعد عن العلم المستمد من التسجيل.

ويسلم الفقه والقضاء في فرنسا بهذا الحل . فاذا كان حق الارتفاق غير ظاهر ، ومع ذلك علم به المشتري ، وقت البيع ، من حيث الواقع ، عن غير طريق البائع ، فان هذا الأخير لا يكون ملزماً بالضمان^(١) . فمن العبث اعلام من كان يعلم من قبل . وليس للمشتري أن يشكو بعد ذلك من أمر كان على بينة منه ، خاصة وأنه قد أقدم فعلا على الشراء ، وكانت لديه الفرصة لادخال ذلك في الاعتبار عند تقدير الثمن ، فاذا لم يكن قد أدخل ذلك في اعتباره عند تقديره الثمن ، فلا يلومن الا نفسه . وإذا كان هذا المذهب هو ما أخذ به القانون الروماني ، فان القانون الملئى الفرنسي قد سار على نهجه ، حيث

حقن ١٩٣٦/٤/٢ مجموعة ٢٥ سنة تحت بيع بند ٩٤ وقد جاء في هذا الحكم : ان كل ماقتضاه محكمة الموضوع استخلاها محقولا من قرائن واقعية ، فلا تعقيب عليه لمحكمة النقض . فاذا قرر الحكم المعلوم فيه أن علم المشتري بوجود حق ارتفاق على العين المبيعة قبل التعاقد يمنعه من طلب الفسخ ، ثم أثبت حصول هذا العلم استخلاصاً من قرائن واقعية تسمح به ، وبناء على ذلك رفض طلب الفسخ ، فلا تسهل محكمة النقض . وانظر استئناف مختلط في ٦ ديسمبر ١٩٣٢ ورد في المصامم ص ١٤ رقم ٢٠٤ قسم ٢ ص ٣٩٧ ، حيث ورد أنه لا يحق للبائع أن يدعى علم المشتري بحق حكر على المبيع بمجرد أن هذا الحق قد ذكر في العقود السابقة ، وكان الطرفان قد اشارا اليه عند بحث أصل الملكية .

(١) أنظر : Aubry et Rau : المرجع السابق ص ٥ بند ٣٥٥ هامش ٥٤ . Laurent : المرجع السابق ص ٢٤ بند ٢٦٨ ص ٢٦٥ . ويقول هذا الفقيه إن من المبادئ المسلم بها أن علم المشتري علماً تاماً عند البيع بالتكليف المدعى به على المبيع لا يجعل له الحق في الضمان ، حتى ولو دون أى تصريح من البائع . Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ . Beudant : المرجع السابق ج ١١ بند ١٩٧ . Planiol Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ١٠٢ ص ١٠٩ . Jossierand : المرجع السابق ج ٢ بند ١١٠٩ ص ٥٨٠ . Ripert et Boulanger (١٩٥٩) بند ١٤٩٧ ص ٤٩٩ Colin et Capitan : بالاشتراك مع دولامور انديار ط ١٠ (١٩٥٣) ج ٢ بند ٩٠١ ص ٦٠٤ .

وانظر في القضاء الفرنسي : نقض ملئى ٢١ ابريل ١٨٧٤ (S.74.1.243) ليون في ٢٤ يونيو ١٩٢٦ (D. H. 1926. 491) .

لم تصرح المادة ١٦٣٨ منه باستلزام أن يقوم البائع باعلام المشتري بما يتحمل المبيع من حقوق ارتفاق (١) .

نخلص مما سبق إلى أنه إذا كان نص القانون المدني المصري يستلزم أن يتم اعلام البائع للمشتري بحق الارتفاق حتى يفترض أنه قد اشترط عدم الضمان ، فانه يبدو لكي يتحقق عدم الضمان في ظل القانون الفرنسي والشرعية الرومانية أنه لا يلزم أن يعلم المشتري عن طريق البائع نفسه ، فاذا علم المشتري بوجود حق ارتفاق من أى سبيل آخر ، فقد حقه في الرجوع على البائع . وهذا الحل أقرب إلى المنطق . ذلك أنه إذا تيقن البائع من أن المشتري قد أقدم على الشراء علماً بوجود الارتفاق ، كان له أن يعتقد أن المشتري قد نزل عن الضمان . ولا يصح أن نعود بعد ذلك فنلزمه بالضمان ، أو نستلزم منه إخطار المشتري بوجود الارتفاق ، حتى يعفى من الضمان . ولا مجال لحماية المشتري بعد ذلك ، إذا لم يكن حسن النية عند التعاقد ، أى لم يكن يجهل ما على المبيع من حقوق .

فالعلم الذى يسقط حق المشتري في الضمان ، كما يكون بسبب ظهور حق الارتفاق ، أو بسبب إعلانه من البائع للمشتري ، يكون كذلك بسبب علم هذا الأخير علماً حقيقياً بوجود هذا الحق (٢) .

ولهذا نرى أنه يحسن أن تعاد صياغة المادة ٢/٤٤٥ فينص على أنه

(١) وهذا هو مذهب قانون الموجبات والعقود البتاني في المادة ٤٣٩ منه حيث تنص على أنه «إذا كان على المبيع حقوق عينية (المقصود حقوق ارتفاق طبقاً لنص الفرنسى للمادة) غير ظاهرة ، لم يصرح بها (... Sans qu'il en ait été fait de déclaration...)» وهذه العبارة الأخيرة هي عبارة المادة ١٦٣٨ مدنى فرنسى نفسها .

أنظر كذلك : Laurent : المرجع السابق بند ٢٦٨ ص ٢٦٥ - ٢٦٦ .

(٢) وقد طبق القضاء في مصر هذا الحكم . انظر استئناف مختلط في ١١ فبراير ١٩٠٩ المحررة ٢١ ص ٣٢٧ وقد جاء فيه «ليس للمشتري أى رجوع بالضمان على البائع ، استناداً إلى أية تكاليف كان قد علم بها شخصياً عند البيع» .

« L'acheteur n'a aucun recours en garantie contre le vendeur du chef des charges quelconques dont il aurait eu personnellement connaissance lors du contrat ».

لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع إذا كان حق الارتفاق ظاهراً
أو كان المشتري علماً به . وبذلك ينقطع الجدل حول هذا الموضوع (١) .

٢١ - العلم المستمد من التسجيل: ويثور التساؤل في هذا الصدد حول
معرفة ما إذا كان تسجيل حق الارتفاق ، أو بصفة عامة أى تكليف آخر
يقع على المبيع ، يقوم مقام اعلام البائع للمشتري بهذا التكليف أو الحق ؟
ويثور هذا الأمر بصفة خاصة بالنسبة للحقوق التى تخضع لنظام الشهر (٢) .
فهو يعنى اشهارها على النحو الذى يستلزمه القانون علم المشتري بها ، وتبعاً
لذلك لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان ؟

انقسم الفقه الفرنسى حول هذا الموضوع .. فذهب فريق من الفقهاء
إلى أن الارتفاق المسجل كالارتفاق الظاهر أو الارتفاق الذى كشف عنه
البائع للمشتري وقت العقد ، وتبعاً لذلك لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان .
ذلك أن شهر حق الارتفاق يعنى افتراض العلم به ، حتى ولو لم يعلم به
المشتري حقيقة (٣) .

(١) هذا وتنص المادة ١/٥٥٥ من القانون المدنى العراقى ، حل أنه إذا استحق بعض المبيع
أو كان مثقلاً بتكليف لاهل للمشتري به وقت العقد ، كان للمشتري أن يفسخ العقد . ومنه
يتضح أن المشرع يتكلم بصفة عامة عن التكليف ، وعن عدم العلم به . ولم يستلزم أن يكون العلم
من طريق معين ، مما يدعو إلى القول بأنه يصح العلم بالتكليف الواقع على المبيع من البائع نفسه
أو من أى سبيل آخر . ومع ذلك فإنه إذا كان القانون العراقى قد عمم الحكم في هذا النص بالنسبة
لسائر التكالييف ، ولا شك أن حقوق الارتفاق تشمل فيها ، إلا أنه عاد في المادة ١/٥٥٦ وقرر
نفس الحكم الذى أورده المشرع في المادة ٢/٤٤٥ واستلزم أن يقوم البائع بالابانة عن
الحق المشتري .

(٢) أنظر المادة ٩ وما بعدها من قانون تنظيم الشهر العقارى (رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) .
وكذلك المادة ٢٦ وما بعدها من القانون الخاص بنظام السجل المبنى في مصر (رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤)
(٣) Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق - ١٠ بند ١٠٢ ص ١١٠

Colin et Capitant مع دولامورانديار ، ط ١٠ (١٩٥٣) بند ٩٠١ ص ٦٠٤ . وانظر كذلك
المراجع التى أشار إليها أوربى وروفي بند ٣٥٥ هامش ٥٥ (د ٥) . وقد بين الفقهاء المشار
اليهم أن تسجيل التصرف المنشئ للارتفاق من شأنه أن ينشئ قرينة بمقتضاه! ينبئ أن يفترض في
المشتري العلم بوجود حق الارتفاق .

وانظر كذلك حكم محكمة باريس في ١٠/٢١/١٩٢٩ ١٩٢٩/١٥٤ Gaz. Pal. 1930.I.154

وذهب فريق آخر إلى أن التسجيل لا يقوم مقام اعلان البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق . ذلك أن القانون إذا كان يستلزم اعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق ، فانه يقصد من وراء ذلك أن يعلم المشتري علماً حقيقياً بما يتحمل المبيع من حقوق . ولهذا لا يكفي أن يقال إن المشتري يمكنه أن يعلم بحق الارتفاق ، لأنه مشهر ، إذ من المحتمل ألا يعرف بوجود حق الارتفاق ، خاصة أنه قد لا يطلع على دفتر التسجيلات ، وهو بذلك لا يعتبر مقصراً ، حيث أن القانون لا يلزمه بالتحري عن الاعباء التي تثقل المبيع ، وانما يتعين على البائع نفسه أن يعلنها له . ولهذا لا يكفي مجرد التسجيل ، حتى يتمتع على المشتري الرجوع بالضمان . ف مجرد ذكر حق الارتفاق في دفتر التسجيل ، لا يكفي لاعتباره ظاهراً . ويؤيد ذلك - كما يرى بعض أنصار هذا الرأي - أن البائع يضمن دائماً التكاليف الواقعة على العقار بسبب وجود رهن ، على الرغم من شهر حق الرهن ، ومن أنه يسهل على المشتري العلم به (١) .

وهذا الاتجاه الثاني هو الاتجاه السائد في ظل القانون المصري . فلا يؤخذ علم المشتري بحق الارتفاق من مجرد التسجيل ، وتبعاً لذلك يظل التزام البائع بضمان حق الارتفاق قائماً ، حتى ولو كان هذا الحق مسجلاً وقت

(١) أنظر في هذا بصفة خاصة : Laurent : ج ٢٤ بند ٢٦٩ ص ٢٦٦ . وانظر كذلك Aubry et Rau : ج ٥ بند ٢٥٥ هامش ٥٥ Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ . Josserand : المرجع السابق ج ٢ بند ١١٠٩ وكذلك ١١١٠ (حيث يقرر أن مجرد الرهن لا يكفي لافراض علم المشتري) . Mazeaud : المرجع السابق ج ٣ بند ٩٦٢ ص ٨١٩ . De Page : المرجع السابق ج ٤ بند ١٤١ (B). Ripert et Boulanger : المرجع السابق ١٤٩٨ ص ٤٩٩ .

وتقرر محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد أنه يتعين على البائع أن يحذر المشتري بوجود حقوق الارتفاق غير الظاهرة ، وليس على المشتري أن يستعلم من تلقاء نفسه ، وأنه لا يهم ما إذا كان الارتفاق غير الظاهر قد سجل قبل البيع . إذ لا يضي تسجيل الارتفاق من التزام البائع بإخطار المشتري . ولا يضي هذا التسجيل البائع من دعوى الضمان التي يرفعها المشتري (نقض فرنسي من انقض في ١٢/٣٠/١٩٤٠ (D.C. 1941. J.107) مع تعليق Carbonnier وأنظر Lalou (D.1945. 297) وكذلك محكمة Versailles في ١٤/١١/١٩٦١ (D.1962.Somm.66)

البيع . هذا هو ما يتفق مع نص القانون في المادة ٤٤٥ مدني التي تستلزم لعلم المشتري بحق الارتفاق أن يكون ظاهراً ، أو أن يتم اعلانه من البائع إلى المشتري . وإذا كان القانون يستلزم أن يتم الاعلام من البائع نفسه ، فلا يقاس عليه العلم المستمد من التسجيل (١) .

ويذهب فريق آخر من الفقهاء في مصر إلى أن علم المشتري بحق الارتفاق مسألة واقعية ، تتوقف على ظروف كل دعوى على حده . وأن التسجيل وإن كان وحده لا يكفي بمفرده للدلالة على هذا العلم ، إلا أنه يعتبر قرينة ، يمكن للقاضي الاستناد إليها بالإضافة إلى قرائن أخرى ، لكي يستخلص علم المشتري بهذا الحق (٢) .

— على أنه إذا كان الاتجاه الثاني السابق يبان ، هو الاتجاه الذي ساد في كل من فرنسا ومصر ، فانه هو السائد كذلك في ظل القانون اللبناني ، رغم اختلاف نظام التسجيل ، حيث لازال النظام الشخصي معمولاً به في كل من فرنسا ومصر ، وحيث يطبق نظام السجل العيني في لبنان . وقد أخذت محكمة التمييز اللبنانية في حكم حديث لها بهذا الاتجاه الثاني ، ولم تعدت بالعلم القانوني الذي يبنى على القيد في السجل العقاري ، واعتبرت أن قيد

(٢) أنظر واحد نجيب الهلال وحامد زكي : شرح القانون المدني في عقود البيع والحوالة والمقايضة ، ط ٣ (١٩٥٤) بند ٣٥٩ ص ٣٥٩ . سليمان مرقس ، ومحمد علي امام : المرجع السابق بند ٢٠١ ص ٣٤٥ . عبد المنعم البدرأوى : بند ٣٠٣ خاصة ص ٤٦١ - ٤٦٢ . منصور : بند ٨٧ ص ١٨٥ - ١٨٦ . اسماعيل غانم ص ١٧٨ . عبد الفتاح عبد الباقي : محاضرات في العقود - ٢ عقد البيع ، ص ٢٥٤ - ٢٥٥ . السهوري : بند ٣٩٤ ص ٧٠٦ وهامش ١ . (٢) أنور سلطان : شرح العقود المسماة في البيع والمقايضة ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٤١ ص ٢٠٤ .

أنور سلطان وجلال العلوي ، (ط ١٩٦٦) بند ٤٢١ ص ٣٣٣ . وانظر كذلك : مرقس وامام : بالموضع المشار اليه بالهامش السابق ، اسماعيل غانم ص ١٧٨ . وهذا ما قال به الفقيه «جوسران» (المرجع السابق - ٢ بند ١١٠٩ ص ٥٨١) حيث أورد أنه ليس من المهم أن يعتبر المشتري سوء النية بسبب تسجيل حق الارتفاق ، فهذا التسجيل لا يحمي حقاً جهل المشتري به ، وأنه ليس الا عنصر من العناصر التي ينسبها القاضي في اعتباره عند بحث ما إذا كان المشتري يعلم بوجود التكليف أو يجهله ، فهذه من مسائل الواقع .

إشارة التخطيط في السجل العقاري لا يعفى البائع من التصريح به للمشتري عند العقد ، وأنه ليس للبائع أن يدلى أنه كان بإمكان المشتري أن يستعلم عن الاعباء العالقة بالمبيع (١) .

— ولا شك في إمكان تبرير الاتجاه الثاني استناداً إلى النصوص القائمة ، الواردة في هذا الشأن . ذلك أن البائع يلتزم بالضمان إذا وجد المبيع «مختلاً بتكليف» (م ١/٤٤٤ مئتي) . وهذه العبارة توحى بأن التكليف لم يكن ظاهراً ، أو بصفة عامة لم يكن معلوماً للمشتري عند البيع . وطالما كان الأمر كذلك ، استطاع المشتري أن يرجع بالضمان لأنه كان حسن النية لا يعلم بالتكليف القائم على المبيع . وبالنسبة لحق الارتفاق بصفة خاصة استلزم المادة ٢/٤٤٥ لافتراض اشتراط عدم الضمان أن يكون هذا الحق ظاهراً ، أو يكون البائع قد أبان عنه للمشتري . ومعنى ذلك أنه إذا كان حق الارتفاق غير ظاهر ، ولم يكشف عنه البائع للمشتري ، ظل الالتزام بالضمان قائماً ، حتى ولو كان الحق مسجلاً ، طالما أنه غير معلوم للمشتري على ما قلنا .

فلا بد إذن لاعفاء البائع من الضمان ، عندما توجد حقوق على المبيع ، أن تكون تلك الحقوق ظاهرة أو مصرحاً بها . أى أنه ينبغي أن يكون المشتري عالماً بوجودها ، سواء بسبب ظهورها أم بسبب التصريح بها عند البيع . وهذا يعني أنه يلزم أن يتوافر العلم الحقيقي للمشتري . وقد رأينا أنه لا يلزم أن يكون هذا العلم عن طريق البائع وحده ، وإنما يصح علمه من أى سبيل آخر ، متى كان علماً حقيقياً لا مفترضاً ، بشرط أن يقوم البائع باثبات ذلك .

(٢) وقد قررت المحكمة أنه إذا باع شخص محله التجاري وهو مصاب بالتخطيط ، فإنه يكون ملزماً بضمان عبء التخطيط الذي لم يصرح به عند البيع ، ولو كان مسجلاً في السجل العقاري (أنظر قرار محكمة التمييز المدنية الأولى رقم ١٠٢ في ١٠ تشرين الثاني ١٩٦٤ بالنشرة القضائية اللبنانية ص ٢١ (١٩٦٤) ص ٧٨ وفي المحامى ص ٣٠ (١٩٦٦) عدد ١ - ٣ ص ٥ . وانظر مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني بند ١٧١ ص ٣٥٨ - ٣٥٩ .

ولا شك أن استلزام علم المشتري بوجود حقوق ارتفاق ، أو تكاليف بصفة عامة ، على المبيع ، سواء بسبب ظهورها أم إعلانها من البائع أم العلم النفعي بها ، من شأنه أن يكمل نظام الشهر الناقص ، وهو النظام الشخصي الذي يتبعه القانون الفرنسي ، والقانون المصري إلى حين تنفيذ قانون السجل العيني الصادر سنة ١٩٦٤ . ولهذا كان من المنطقي أن يستلزم علم المشتري بوجود حقوق الارتفاق أو التكاليف الأخرى ، علماً حقيقياً ، سواء كان هذا العلم بسبب ظهور الارتفاق أم بسبب اعلان البائع عنه ، أم بأي سبب آخر .

وإذا كان للتسجيل أثره من حيث أنه يسر على المشتري معرفة الحقوق العينية المقررة على المبيع ، والتي تنفذ في حقه ، فإنه ليس من المقطوع به ، وخاصة في ظل النظام الشخصي ، أن يتم العلم الحقيقي بالحقوق القائمة على المبيع ، عن هذا الطريق . ومع ذلك فلا ينبغي أن يجرد هذا التسجيل من كل قيمة ، إذ يقصد من ورائه العلانية . وإذا كانت هذه العلانية ليست كاملة ، فإنه يستفاد به في اعتباره قرينة تكملها قرائن أخرى للاستدلال على علم المشتري ، وقت البيع ، بوجود الحق ، وهذا ما يقول به بعض الفقهاء ، كما قدمنا (١) .

ويبدو أن محكمة النقض تدخل التسجيل في الاعتبار عند النظر إلى ما إذا كان المشتري يعلم أو يجمل حقوق الارتفاق التي رتبها سلفه على المبيع ، حيث اعتبرت أن ادعاء المشتري بحسن نيته وعدم علمه بوجود الارتفاق غير منتج ، خاصة وأن سلفه قد رتب على العقار المبيع حق ارتفاق لمصلحة عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار المخدوم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ، هذا فضلاً عن أن قائمة شروط البيع قد تضمنت النص على التزام الراعي عليه المزايا احترام حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية . وبهذا لم تجد المحكمة محلاً لتحدى المشتري بحسن نيته ، أو ادعائه عدم علمه

(١) أنظر ما سبق الهامش قبل السابق .

بوجود هذا الارتفاق ازاء ما هو ثابت بالأوراق من التزامه باحترام حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية حسبما تضمنته قائمة شروط البيع التي تدخل المشتري في البيع على مقتضاها ، ولأنه بالشراء يتعين احترام الارتفاقات التي رتبها البائع وحافظ عليها صاحب العقار المخدم بالتسجيل لتكون حجة على الكافة (١).

— وأياً كان الأمر ، فانه إذا كانت هناك بعض صعوبات تقوم في سبيل علم المشتري بما يتحمل المبيع من حقوق ، في ظل النظام الشخصي للتسجيل ، فان هذا لا ينبغي أن يكون في ظل النظام العيني ، حيث تم معرفة حالة العقار على وجه الدقة عند البيع . وهو أمر ميسور في ظل هذا النظام الذي يعطى صورة كاملة عن العقار وما يتقله من تكاليف أو أعباء واجبة الشهر ، بحيث يتيسر علم المشتري بها علماً حقيقياً . إذ للسجل العيني وظيفة أوسع نطاقاً وأبعد مدى من وظيفة الشهر الشخصي للحقوق ، وهو يقر مبسداً العلنية المطابقة لقيوده ، ويعتبرها موجودة تجاه الغير ابتداء من تاريخ القيد فيه

ولمّا نرى أنه في ظل نظام السجل العيني ينبغي أن يعترف لقيود هذا السجل بقوتها قبل الكافة ، وخاصة من حيث الاعتداد بالعلم الذي يبنى على تلك القيود ، وتبعاً لذلك يمكن القول بأنه لا مجال للابقاء على التزام البائع بضمّان حقوق الارتفاق المقيّدة في السجل حيث تنسئ معرفة وضع العقار وحالته معرفة تامة . وحيث ينبغي أن يعتبر المشتري ، الذي لا يعلم عند البيع بتلك الحقوق المقيّدة ، معطئاً ومقصراً ، فلا ينبغي له أن يستفيد

(١) أنظر نقض مدني ١٤ أبريل ١٩٥٥ مجموعة النقض (المكتب الفني) ص ٦ رقم ١٢٦ ص ٩٦٩ ، وما جاء في حيثيات الحكم .

حقاً أن الحكم لا يتعلق بأثر العلم في رجوع المشتري على البائع بالضمّان ، ولكن يعرض لأثر العلم أو الجهل بحقوق الارتفاق ازاء تمسك صاحب العقار المخدم بتلك الحقوق ، وإن حسن نية صاحب العقار الخادم ينتفي بسبب علمه المستند من قائمة شروط البيع ، وهذا يعتبر تصرفاً من البائع بوجود تلك الحقوق ، ومن التسجيل الذي حافظ صاحب العقار المخدم على وجوده . وأهمّ الحكمة بإبراز هذا الدور للتسجيل يعني حرصها على الاعتداد بأثره في نفى حسن النية من صاحب العقار الخادم ، وإن لم يكن هو العنصر الوحيد في هذا العدد .

من خطته (١). وموذى ذلك أن العلم المستمد من السجل ينبغي أن يعتبر بمنزلة العلم الفعلي المستمد من ظهور الارتفاق أو من تصريح البائع به أو المستمد من أى سبيل آخر. ولا شك في أهمية هذا الأثر إذا ما نفذ نظام السجل العيني في مصر، إذ ينبغي أن تكون للقيود الواردة فيه قوة مطلقة. وتبعاً لذلك تعتبر معلومة بالضرورة للمشتري، فلا يكون له أن يرجع على البائع بضمان حقوق الارتفاق غير الظاهرة والتي لم يعلن عنها، إذ أنها تكون معلومة، والعلم بها يسقط حقه في الضمان (٢). وهذا من شأنه أن يجعل تطبيق أحكام الضمان في هذا المجال أمراً نادرًا من الناحية الواقعية.

— هذا ويراعى أن الأمر لا ينبغي أن يثور بالنسبة لحقوق الارتفاق وحدها، ولكنه ينبغي أن يثور بالنسبة لكافة الاعباء أو التكاليف الأخرى التي تقع على المبيع، والتي تكون واجبة الشهر، وذلك على التحديد الذي أوردناه عند كلامنا عن المقصود بالتكاليف.

وبالنسبة لتلك التكاليف أو الاعباء بصفة عامة، نجد أن الرأى السائد في ظل القانون الفرنسي كذلك هو عدم الاعتداء بالعلم الذى يقوم على مجرد اشهارها. فلا يفترض العلم بها من هذا السبيل فقط، ولكن لابد من العلم الحقيقي الذى يتم عن طريق التصريح بها من البائع نفسه أو من أى سبيل آخر. وتمشياً مع هذه الفكرة قضى بأن على بائع العقار أن يعلن في العقد بوضوح تام عن التكاليف التي يعلم بها والتي تنقل العقار، ولا تعفى اجراءات التسجيل البائع من هذا الالتزام. فاذا لم يتم بذلك في العقد،

(١) أنظر كذلك، وبصدد التعليق على حكم محكمة التمييز (النقض) اللبنانية في ١٠ تشرين الثاني ١٩٦٤ السابق الإشارة إليه، الأستاذ : Louis Boyer : Rev. trim. dr. civ. سنة ١٩٦٧ ص ٥١١.

(٢) ويختلف الحكم بالنسبة للرهن على ما قلنا (أنظر فيما سبق ص ٣٧ هامش ١ و ٢). فالرهن لا يعتبر تكليفاً أو عبئاً مثل الاعباء أو التكاليف التي تقع على المبيع، بما فيها حقوق الارتفاق. واشتراط حسن نية المشتري الرجوع بالضمان، لا يستلزم الا بالنسبة للتكاليف فقط، وليس الرهن من بينها. أنظر كذلك : Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ١٠٢ ص ١١٠ وكذلك Louis Boyer : المرجع المشار اليه بالهامش السابق بالموضع ذاته. ومولفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ص ٣٦٢ هامش ١.

كان مسئولاً عن التعويض ليس عن عيب خفى - بل عن تكليف لم يصرح به (١) .

ومع ذلك ، فإنه ينبغي أن يعاد النظر في هذا الموضوع في ظل نظام السجل العيني ، وذلك بالنسبة للاعباء أو التكاليف التي تقع على المبيع ، وتكون مقيدة وقت البيع في السجل ، إذ ينبغي أن يعطى للعلم المستند من السجل نفس الأثر الذي يعطى للعلم الذي يترتب بناء على تصريح البائع بالاعباء التي تقع على المبيع ، أو العلم الفعلي المستند من أى سبيل آخر ، كما قدمنا بالنسبة لحقوق الارتفاق .

وتفريعاً على ذلك ، فإن كل تكليف أو عبء يقع على المبيع ، ويكون مشهراً عن طريق القيد في السجل العقاري ، وذلك في الحال الذي ينفذ فيه هذا النظام في مصر ، فإنه ينبغي أن يعتبر في حكم الاعباء المصرح بها ، من حيث العلم به ، وتبعاً لذلك لا يكون للمشتري - طبقاً لما ذهبتا إليه من قبل - الحق في الرجوع بالفهمان على البائع ، طبقاً لما يقضى به القانون ، على ما سئرى ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالقيود القانونية للملكية .

٢٢ - (٥٨١) القيد القانوني للملكية : لاجدال في أعمال الأحكام السابق بيانها ، المتعلقة بحقوق الارتفاق ، بالنسبة لحقوق الارتفاق التي تنتج عن اتفاقات تتم بين ملاك العقارات المتجاورة أو الارتفاقات التي يحددها الانسان . لكن يشور الأمر بالنسبة للارتفاقات التي تنشأ عن التزامات يفرضها القانون ، أو ما تسمى بقيود الملكية . وهي القيود القانونية التي يفرضها القانون على الملكية ، مثل قيود الزرى والمرور والقيود الناشئة عن التلاصق في الجوار .. وهي قيود بعضها وارد في تشريعات خاصة ، وبعضها وارد في القانون المدني نفسه (٢) .

(١) أنظر محكمة باريس في ١٩٥٥/١١/٢ (D. 1956. Somm. 132) حيث تعلق الأمر بالأمر بإيجار لم يصرح به . وانظر كذلك الدائرة الاجتماعية في ١٠ يوليو ١٩٦٢ J. C. P. 1962 4. 123

(٢) ويشور الخلاف حول طبيعة هذه القيود التي يقرها القانون على الملكية ، خاصة وأنها تشبه بحقوق الارتفاق ، نظراً لأنها غالباً ما تنقرر على عقار لمصلحة عقار آخر ، مما حدا إلى

ويسلم الفقه في شأن تلك القيود بأنه لما كانت لها صفة العمومية بالنسبة للعقارات التي توجد في ظروف معينة ، فانه لا يقوم بشأنها ضمان ، سواء كانت ظاهرة أم مستترة ، وسواء علم بها المشتري أم لم يعلم . إذ لا يعذر أحد بجهله بتكليف يفرضه القانون . فالاعتذار بالجهل بها اعتذار بالجهل بالقانون . ولهذا لا يجبر البائع على الكشف عنها للمشتري .

والواقع أنه ينبغي أن يراعى أن ما يطلق عليه ارتفاعات قانونية ، ليست ارتفاعات بالمعنى الدقيق ، ولكنها قيود ترد على الملكية ، أو بالأحرى انها تعديلات من شأنها أن تقيد من اطلاق حق الملكية . ولهذا فانه اذا تم تصرف البائع في المبيع ، فانه انما يتصرف في ملكية حدد القانون نطاقها تمشيا مع الضرورات الاجتماعية . فلا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بدعوى ضمان استنادا إلى ارتفاع أو قيد قانوني ، إذ أن هذا القيد لا يحد من ملكه ، حيث يوجد هذا المالك هكذا طبقا لتنظيم القانوني . ولا يستطيع البائع أن ينقل اليه ملكية مطلقة لا وجود لها . اذ أن هذه القيود تمثل الوضع العادي للملكية، ولهذا لا عمل لالتزام البائع بضمان خلو المبيع منها . بصرف النظر عن علم أو جهل المشتري بوجودها ، وبصرف النظر عن ظهورها أو عدم ظهورها . وهذا بخلاف حقوق الارتفاع التي يعنها المشرع في المادة ٢/٤٥٥ من القانون المدني . (١) .

ساختلط بينها وبين حقوق الارتفاع ، كما فعل المشرع الفرنسي والتقنين المصري العديم . ومع ذلك فان القانون المدني القائم يميز بين القيود القانونية ، وحقوق الارتفاع ، حيث عرض لكل منها حل حدة . فعرض القيود القانونية عند الكلام عن نطاق حق الملكية في المادة ٨٠٦ وما بعدها و عرض لحقوق الارتفاع في المادة ١٠١٥ وما بعدها عند الكلام عن الحقوق المنفردة عن الملكية . أنظر في خصائص وطبيعة هذه القيود : حسن كبيرة : الحقوق البنيية الأصلية ط ٢ (١٩٦٥) بتد ٦٤ ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢) أنظر في هذا بصفة عامة : Laurent : المرجع السابق ج ٢٤ بتد ٢٧١ ص ٢٦٥ - ٢٦٦ Baudry et Sagnat : المرجع السابق بتد ٣٧٨ : Aubry et Rau : المرجع السابق بتد ٣٥٥ هامش ٥٧ : Josserand : المرجع السابق ج ٢ بتد ١١٠٩ ص ٥٨٠ Colin et Capitant مع دولاموراندبار ط ١٠ (١٩٥٣) ج ٢ بتد ٩٠١ ص ٦٠٤ Mazeaud : دروس في القانون المدني ج ٣ بتد ٩٦٢ .

وقد أخذ القضاء المصرى بهذه الوجهة فقرر أنه ليس للمشتري الرجوع على البائع استناداً إلى التكاليف أو الاعباء القانونية التى تعد الشريعة العامة في الملكية العقارية ، والى يفترض في كل شخص العلم بها (١) .

وبالنسبة للقيود المتعلقة بخطط التنظيم *alignement* ، فإن هذه القيود - كما تقرر بعض أحكام القضاء المصرى - تعتبر قيوداً على الملكية ، أو ارتفاعات قانونية - خارج نصوص القانون المدني - لا يضمنها البائع . فهى في الواقع ليست الا قيوداً يوردها المشرع . ولهذا فإن مالك العقار يحفظ بالحق في بيعه إلى حين نزاع الملكية ، دون أن يلتزم قبل المشتري بالضمان استناداً إلى وجود أى من هذه القيود القانونية التى يقرها المشرع ذاته على الملكية (٢) .

الا أنه يبدو من بعض الأحكام الأخرى أنها على الرغم من اعتبارها أن العقار الداخلى في خطط التنظيم يكون متقلاً بتكاليف لمصلحة النفع العام ، الا أنها تقرر تطبيق حكم المادة ٤٤٤ مدنى من حيث الرجوع بالضمان على أساسه ، إذا كان المشتري غير عالم به ، وأنه لا يكفى مجرد نشر مرسوم خطط التنظيم بالجريدة الرسمية للدلالة على علم المشتري أو استطاعة العلم (٣) .

حوانظر كذلك : أنور سلطان : البيع والمقايضة ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٤١ ص ٣٠٤-٣٠٥ وهامش ص ٣٠٥ . وأنور سلطان وجلال المنوى (١٩٦٦) بند ٤٢٢ ص ٣٣٣ . سليمان مرقس وإمام : المرجع السابق ص ٣٤٥ . السنورى : البيع ، المرجع السابق ص ٧٠٣ هامش ١ . حسن كبره : الحقوق العينية (١٩٦٥) ص ٢٠٢-٢٠٣ .
وأنظر مع ذلك : عبد المنعم البدر اوى : البيع ، المرجع السابق بند ٣٠٢ ص ٤٥٧ وما بعدها .

(١) استئناف مختلط في ١١ فبراير ١٩٠٩ المجموعة ٢١ ص ٢٢٧ . ومع ذلك يضيف هذا الحكم أن التكاليف الحكومية التى تقيها الادارة العامة ، سواء لصالح «الدومين» العام أم لمصلحة العامة ، لا يمكن أن تشبه بالاتفاقات القانونية ، وأن قاعدة الاحتياز بالهبل بالقانون يبنى أن تطبيق بصراحة في الفروض التى وضعت من أجلها . فلا تطبق حل الشروط الحكومية التى تخول السلطة الادارية حقاً مستقلاً أكثر اتساعاً من حقها العادى الذى يشتمل الملكية العقارية خارج نطاق الواجبات العامة .

(٢) ولهذا قرر القضاء المختلط في هذا الصدد أن بائع الأرض لا يلتزم بأن يوجه نظر المشتري منه إلى ارتفاع أو قيد قانونى يمكن أن يمس أرضه مثل ارتفاع خطط التنظيم (استئناف مختلط في ٣ ديسمبر ١٩٣٥ مجموعة ٤٨ ص ٤٥) .

(٣) أنظر حكم محكمة مصر الكلية في ١٩ أكتوبر ١٩٥٥ المحاماة ص ٤٤٨ رقم ٤١٦ .

وانقسام القضاء على هذا النحو بالنسبة للقيود المتعلقة بخطط التنظيم يدعو إلى التساؤل عما إذا كان ينبغي أن يعلم بها المشتري فعلاً ، كما هو الشأن بالنسبة لحقوق الارتفاق العادية الناشئة عن فعل الإنسان ، أم أنه يفترض فيه العلم بها ، ولا يكون له الرجوع بالضمان من أجلها حتى ولو كان حسن النية لم يعلم بها من حيث الواقع ، باعتبار أنها قيود ترد على الملكية ويفترض في كل شخص العلم بها .

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نعرف أولاً ما إذا كانت هذه القيود المتعلقة بالتنظيم تمثل الوضع العادي للملكية ، كما هو الشأن في القيود على جميع العقارات .

لا شك أن هذه القيود تختلف عن القيود القانونية للملكية ، نظراً لأنها لا تمثل النطاق العادي لحق الملكية ، فهي لا تنشأ عن الوضع العادي للملكية ولكنها تقرر على بعض العقارات وفي مناطق معينة يحددها المرسوم الخاص بذلك في جهة معينة . أي أنها ترد كمعبء استثنائي على العقارات خارج التكاليف القانونية التي تمثل الوضع العادي أو الوضع العام للملكية . ولهذا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان استناداً إليها ، متى كان حسن النية ، يجهل وجودها عند البيع . كما يكون على البائع أن يكشف عنها للمشتري والا ألزم بالضمان .

وهذا ما يقره القضاء الفرنسي بالنسبة لارتفاقات التنظيم (Servitudes d'urbanisme) التي تفرضها الإدارة في بعض المناطق ، كالارتفاق بعدم البناء (La servitude de non aedificanti) . إذ على الرغم من الطابع القانوني للارتفاق في هذه الحالة ، فإن القضاء يقرر أن البائع الذي لا يكشف للمشتري عن ذلك ، يلتزم قبله بالضمان . ويرجع ذلك إلى أن تلك الارتفاقات قد بلغت من الكثرة والتنوع حداً يصعب معه ، بل قد يكون من المستحيل معه معرفتها . وهذا ما حداً بمحكمة النقض الفرنسية إلى التمييز في هذا الصدد بين نوعين منها : ما يعتبر منها الوضع العادي للملكية ، وهذا يكون على

المشتري أن يعلم به ولا رجوع له بالضمان استناداً إليه ، ومالا يعتبر منها نتيجة عادية للملكية مثل قيود التنظيم المتعددة المتنوعة ، والتي تستحيل معرفتها ، والوقوف عليها ، وفي هذه الحالة يكون للمشتري الضمان من أجلها . وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية بالنسبة للارتفاق بعدم البناء (١) . وهذا ما أخذت به كذلك محكمة التمييز اللبنانية (٢) .

الفصل الثالث

حالة الاستحقاق

٢٣ - **تقديم البحث** : تتور مسألة حسن نية المشتري عند الرجوع على البائع بالضمان في حالة استحقاق المبيع ، كله أو جزء منه . ولا شك أنه يكون للمشتري أن يرجع بالضمان متى كان حسن النية ، يجهل عند البيع سبب الاستحقاق . لكن إذا كان على علم به ، تتور المسألة ، هل له أن يرجع

(١) أنظر نقض مدني فرنسي في ٢١ فبراير ١٩٥٦ (J.C.P. 1956.1196200) و (D. 1956.285) وتعليق *Blin* وكذلك نقض مدني في ١٦ مايو ١٩٦١ في (D. 1961.545) ، وقد جاء فيه أنه لا يفترض علم المشتري بالارتفاقات أو الإعياء الناتجة من القوانين والقوانين وقت البيع ، طالما أنها ليست نتيجة عادية لطبيعة العقار أو موقعه ، خاصة إذا لم يذكر في الوعا بالبيع شيء يتعلق بوجودها . وانظر حكماً من محكمة *Béthune* في ٢١/٢/١٩٦٢ (D. 1926. Somm. 127) وكذلك *Mazeaud* دروس في القانون المدني ٣٠ بند ٩٦٢ ص ٨١٩ ، وكذلك ص ٨٢٧ تحت "Lectures" . ثم انظر كذلك من بين الأحكام القديمة لمحكمة النقض الفرنسية حكماً (حرائف) في ١٧ أكتوبر ١٨٩٣ (D. P. 1894 .I.44) .

(٢) فقد بينت أن عبء التخطيط إذا لم يكن ظاهراً ، فإنه يعتبر من الإعياء الخفية يجب على البائع أن يصرح بها عند البيع ، وأن قيد إشارة التخطيط في السجل العقاري لا يعفي البائع من التصريح به للمشتري عند العقد . وليس للبائع أن يدلي أنه كان بإمكان المشتري أن يستعلم عن الإعياء العالقة بالمبيع . وهل ذلك إذا باع شخص محله التجاري وهو مصاب بالتخطيط ، فإنه يكون ملزماً بضمان عبء التخطيط الذي لم يصرح به عند البيع ، ولو كان مسجلاً في السجل العقاري (تمييز مدني الفرقة الأولى قرار ١٠٢ في ١٠ تشرين الثاني ١٩٦٤ التشرة القضائية اللبنانية س ٢١ (١٩٦٤) ص ٧٨ ومجلة المحامي ص ٣٠ (١٩٦٦) عدد ٣ - ص ٥) . وانظر مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، المراجع السابق ص ٣٥٨ - ٣٥٩ . ومع ذلك فإنه بالنسبة لما يوجد من قيود تتعلق بعبء التخطيط في السجل العقاري ، فإنه ينبغي الاحتداد بالعالم المستند من هذا السجل بحيث يرجع إليه المشتري قبل الشراء وبالتالي يعلم بها هناك من أعياء حل البيع على ما قلنا . انظر كذلك مؤلفنا السابق بند ١٧١ .

بالضمان ، وإذا كان له ذلك ، فهل له أن يرجع بصفة مطلقة ، أم أنه لا يكون له ذلك الا في حدود معينة ؟ انقسم الرأى حول هذا الموضوع . وقد ظهر هذا بصفة خاصة في الفقه الفرنسى . ففى اتجاه أول قيل بضرورة حسن نية المشتري للرجوع بالضمان في حالة استحقاق المبيع ، وفى اتجاه آخر قيل إنه لا أثر لسوء نية المشتري ، أى لعلمه بأسباب الاستحقاق عند البيع ، على الرجوع بالضمان من حيث المبدأ . وقد بحثوا فى هذا الصدد عما إذا كان العلم بسبب الاستحقاق يجعل من البيع عقداً احتمالياً .

فنعرض لذلك فيما يلى ، ثم نعرض للمقصود بالعلم فى هذا الصدد أو معيار حسن النية ، ونبحث ما إذا كان لعلم المشتري بأسباب الاستحقاق أثره على نطاق ما يحكم به ، ونبين ما يمكن الأخذ به فى هذا الصدد ، وضرورة توحيا. أسس رجوع المشتري مع ترجيح فكرة انقضاء العقد ، ثم ننهى إلى بيان ما يجب أن تكون عليه النصوص التشريعية فى هذا الصدد ، والأسس التى ينبغى أن يقوم عليها تعديل تلك النصوص .

المبحث الأول

هل يجعل العلم بسبب الاستحقاق من البيع عقداً احتمالياً

٢٤ - الاتجاه الأول : العلم بخطر الاستحقاق يجعل العقد من العقود الاحتمالية : يذهب البعض من الفقهاء الفرنسيين إلى أن البائع لا يلتزم بالضمان الا إذا كان المشتري حسن النية وقت إبرام العقد ، بمعنى أنه ينبغى أن مجهل فى ذلك الحين خطر التعرض الذى سيقع له من الغير . فاذا كان المشتري يعلم عند العقد بخطر استحقاق الغير للمبيع ، أو يعلم سبب التعرض الذى يستتله اليه هذا الغير ، فانه يكون على بينة من الأمر ، ويعتبر أنه قد قبل تحمل المخاطر . وتبعاً لذلك فانه يبرم عقداً احتمالياً . وتحقق هذا الاحتمال لا يخول له أى حق قبل البائع . بمعنى أنه إذا وقع له تعرض من الغير ، فانه لا يكون له أن يرجع على البائع حتى يثبت نفسه ، باعتبار أنه قد قبل تحمل الخطر ، وابرم عقداً احتمالياً .

ويعصل أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يكفي علم المشتري بخطر الاستحقاق ، حتى يعفى البائع من الضمان دون حاجة إلى شرط صريح للاعفاء من ضمان استحقاق الغير للمبيع (١) .

وعلى ذلك ، فإنه طبقاً لهذا الاتجاه لا يكون للمشتري الذى يعلم عند البيع سبب استحقاق الغير للمبيع ، رجوع على البائع ، إذ باقداًه على الشراء وهو على بينة من أمر المبيع ، يعتبر أنه أبرم عقداً احتمالياً ، فلا يكون له الرجوع حتى بالثمن .

١٥ - الاتجاه الثانى : نقد الاتجاه السابق - مجرد العلم بسبب الاستحقاق لا يجعل البيع عقداً احتمالياً : يقضى الاتجاه السابق بأن المشتري لا يكون له الرجوع بالضمان فى حالة علمه بسبب الاستحقاق الذى يتعرض له المبيع ، وذلك استناداً إلى أنه يبرم فى هذه الحالة عقداً احتمالياً . ومع ذلك لا يمكن التسليم بهذا النظر على إطلاقه .

ذلك أن القول بوجود عقد غرر فى هذه الحالة يترتب عليه أنه لا يكون للمشتري الرجوع على البائع حتى بالثمن نفسه ، مع أن هذا يتعارض مع ما تقضى به المادة ١٦٢٩ من القانون المدنى الفرنسى ، إذ تقضى هذه المادة بأنه فى حالة شرط عدم الضمان ، يظل البائع ملتزماً برد الثمن عند حصول الاستحقاق ، ما لم يكن قد علم بهذا الخطر عند البيع ، أو ما لم يكن قد اشترى أخذاً على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر .

كما أنه يتعارض كذلك مع ما تقضى به المادة ٤٤٦ من القانون المدنى المصرى . ففى حالة ما إذا استحق المبيع من الغير ، وكان متفقاً على عدم الضمان ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار .

(١) انظر فى هذا : Mazeaud : المرجع السابق بند ٩٦٢ ص ٨١٩ وكذلك بند رقم ٩٧٥ . ثم انظر متى يكون النقد احتمالياً : Laurent : المرجع السابق بند ٢٥٨ ص ٢٥٥ - ٢٥٧ .

ومن هذا يتضح أنه لكي يتمتع على المشتري الرجوع على البائع بالضمان ،
يتعين ، في حالة علمه بخطر الاستحقاق ، أن يشترط عدم الضمان . فلا يكفي
أن يكون المشتري عالماً عند البيع بهذا الخطر ، وانما يلزم أن يتفق على عدم
الضمان . فاذا اجتمع الأمران معاً - شرط عدم الضمان وعلم المشتري بخطر
الاستحقاق - كان العقد احتمالياً . ولا يستطيع المشتري الرجوع على البائع
بضمان ما . إذ في هذه الحالة يعلم أنه مهدد بخطر استحقاق المبيع ، وأن هذا
الخطر إذا تحقق لا ينحول له أى رجوع على البائع (١) . ولكن يتعين في هذه
الحالة - لكي يعفى البائع من أية مبالغ ، حتى من الثمن (بحسب مذهب القانون
الفرنسي) أو من قيمة المبيع وقت الاستحقاق (بحسب عبارة القانون المصري -
أن يقوم باثبات أنه قد اشترط عدم الضمان وأن المشتري كان يعلم وقت البيع
سبب الاستحقاق (٢) .

فلا يكفي للقول بوجود عقد احتمال أن يكون المشتري عالماً بخطر
الاستحقاق ، وانما يلزم أن يشترط ، علاوة على ذلك ، عدم الضمان . وبذلك
لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع حتى بقيمة المبيع (أو بالثمن حسب
القانون الفرنسي) . ويكون لبقاء قيمة المبيع (أو الثمن) في هذه الحالة
بين يدي البائع سببه (٣) .

والواقع أن من يشتري وهو يعلم بخطر الاستحقاق ، ثم يشترط في
الوقت ذاته عدم الضمان ، يكون على بينة من أنه إذا تحقق الخطر لن يكون
له رجوع ما على البائع ، وتبعاً لذلك تكون عليه المخاطر . وهذا بخلاف
ما إذا اشترى وهو يعلم بخطر الاستحقاق ، دون أن يشترط عدم الضمان

(١) أنظر في هذا : Laurent : المرجع السابق بند ٢٥٨ ص ٢٥٦ Baudry et Saignat .
بند ٤٠٩ Colin-Capitant avec de la Morandière ج ٢ المرجع السابق (١٩٥٢)
بند ٩١٧ ص ٩١٣ بند ٤٠٩ .

(٢) أنظر : Colin-Capitant : المشار اليه في الهامش السابق بند ٩١٧ .

(٣) أنظر Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤٠٨ - ٤٠٩ .

إذ أنه في هذه الحالة الأخيرة يأمل دائماً أن الخطر لن يتحقق ، وأن البائع سيتخذ من الاحتياطات ما يمنع تحقق هذا الخطر أو ما يجنبه الوقوع فيه ، وأنه إذا تحقق فانه يعتمد على ما يلتزم به البائع من ضمان . ولهذا إذا ما أراد البائع التخلص نهائياً من الضمان ، يتعين أن يقول ذلك عند البيع . وإذا ما اجتمع هذان الظرفان يصعب التسليم بعدم وجود عقد احتمالي . إذ يعلم المشتري أنه مهدد بخطر الاستحقاق ، وأنه إذا حصل هذا الاستحقاق لن تكون له أية دعوى للرجوع على البائع (١) .

وعلى ذلك فانه لا يكفي للقول بوجود عقد احتمالي أن يكون المشتري عالماً فقط بخطر الاستحقاق . فجرد العلم بهذا الخطر ليس من شأنه أن يحرر البائع بصفة نهائية من التزامه بالضمان . وهذا ما يسلم به القضاء كذلك .

— فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن للمشتري الذي استحق منه المبيع دعوى ضمان قبل البائع . وفي هذه الحالة ، وعند تخلف شرط صريح بعدم الضمان ، يظل البائع ملتزماً برد الثمن ، حتى في حالة ما إذا اثبت أن المشتري كان قد علم عند البيع بما يتعرض له من مخاطر . وهذا كله ما لم يكن قد اشترط أنه يشتري ساقط الخيار أو على مسؤوليته (٢) .

وبين من هذا أن علم المشتري عند البيع بخطر استحقاق المبيع لا أثر له على التزام البائع برد الثمن . ولكن يختلف الأمر إذا اقترن هذا العلم بشرط عدم الضمان ، كما يتضح من الحكم السابق ومن أحكام أخرى لهذه المحكمة نفسها . فإذا اقترن شرط عدم الضمان بعلم المشتري بخطر الاستحقاق ، فان المشتري لا يكون له أى رجوع على البائع ، ولا يكون له أن يرجع حتى بالثمن نفسه ، إذ يعتبر أنه قد أبرم عقداً احتمالياً . وتقرر محكمة النقض

(١) أنظر Laurent : بند ٢٥٨ ص ٢٥٧ والمرجع المشار إليه بالهامش . وانظر كذلك

رسالة : Gross : المرجع السابق بند ١٤٦ ص ١٣٧ .

(٢) أنظر نقض فرنسي في ٩ مارس ١٩٣٧ (S. 1937. I. 164) أنظر كذلك التعليق على

هذا الحكم .

الفرنسية في هذا أن البائع يظل ملتزماً برد الثمن عند استحقاق المبيع ، ما لم يشترط عدم الضمان ويعلم المشتري ، وقت البيع ، خطر الاستحقاق . ولهذا فإن الحكم الذي يعنى البائع من الالتزام برد الثمن ، دون أن يبين أن المشتري كان يعلم عند البيع خطر الاستحقاق ، وأن عدم الضمان قد اشترط ، يكون محلاً للنقض (١) .

— وهذا ما قرره القضاء المصري كذلك . فقد قضت المحاكم المختلطة بأن علم المشتري بسبب الاستحقاق لا يقف عقبة في سبيل استرداده ، إلا إذا كان هناك شرط بعدم الضمان . وانه لكي يتمتع على البائع رد الثمن عند حصول الاستحقاق ، فانه يجب أن يتفق صراحة على عدم الضمان في جميع الحالات . فلا يكفي مجرد العلم بخطر الاستحقاق (٢) .

كما أخذت بذلك المحاكم الوطنية فقد قررت أن للمشتري حق الرجوع على البائع بثمن العقارات .. ما لم يكن هناك شرط بعدم ضمان البائع للمبيع بعد علم المشتري بالسبب الموجب لنزع الملكية . كما قضى كذلك بأنه لا بد أن يلازم شرط عدم الضمان ، معرفة المشتري بما يهدد العين ، أو نص بأنه

(١) نقض مدني فرنسي في ٨ مارس ١٩٢١ (D.P. 194. 1. 150) وقد جاء في التعليق على هذا الحكم (أنظر : P.151 من الموضوع نفسه) أنه إذا اجتمع هذان الظرفان ، وهما اشتراط عدم الضمان وعلم المشتري عند البيع بخطر الاستحقاق ، كان هناك مجال لافتراض أن الطرفين قد اعتبرا أن عند البيع عند احتمالي . وهذا الافتراض يتحقق أيضاً في حالة شراء المشتري على غمظه *à ses risques et Périls* . أنظر كذلك المراجع التي أشير إليها في هذا التعليق . وكذلك نقض فرنسي عرائض في ١٧ أكتوبر ١٨٩٣ D. P. 1894-1. 43

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو ١٩٣٨ بلتان ٥٠ - ٣١٠ ، وكذلك في ١٦ نوفمبر ١٩٣٨ المحاماة س ٢٠ رقم ٢٦٣ ص ٧٠٤ ، وكذلك في ٢٥ يونيو ١٩٣٥ بلتان ٤٧ - ٣٩١ . وكذلك حكمها في ٩ نوفمبر ١٩٢٠ بلتان ٢٣ - ٩ ، وقد جاء فيه أن استلزام توافر شرطي السلم واشتراط عدم الضمان ينطبق سواء في البيوع العادية أم في البيوع التي تم بالزاد البالي متى كان من رسا عليه الزاد حالاً تماماً بسبب الإستحقاق وقد ورد شرط عدم الضمان في قائمة شروط البيع .

وأنظر كذلك أحكاماً أخرى أشار إليها السبوري : المرجع السابق ص ٧٠٨ هامش رقم ١

ساقط الخيار . وهذان الشرطان هما شرطاً اتحاد وتلازم . أما في حالة شرط عدم الضمان فقط ، فيلزم البائع برد الثمن ، دون التضمينات (١)

— ويقرر الفقه المصري كذلك أن علم المشتري بسبب الاستحقاق لا يؤدي إلى اسقاط الضمان كلية ، إلا إذا اقترن به شرط عدم الضمان . ذلك أن اقدام المشتري على الشراء مع اشتراطه عدم الضمان وعلمه بسبب الاستحقاق يعني أنه اشترى مخاطراً . ولا يكون ذلك إلا في حالة قيام شك لديه في تحقق هذا السبب ، وأنه قد يتحقق وقد لا يتحقق . وفي هذه الحالة يتحدد الثمن على ضوء الظروف المحيطة باعتبار أن المشتري مخاطر ، وأن العقد من عقود الغرر . فاذا ما استحق المبيع تحت يد المشتري لا يكون البائع مسئولاً عن شيء قبل هذا المشتري (٢) .

٢٦ - حالة قيام المشتري بالشراء على مخاطرة أو «ساقط الخيار» :
وهذا هو الحكم كذلك في حالة ما إذا اشترى المشتري ساقط الخيار . إذ يؤخذ من المادة ٤٤٦ أنه في حالة الاتفاق على عدم الضمان ، إذا نشأ الاستحقاق من فعل الغير ، «فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار» .

وعلى ذلك يلزم لكي يتحرر البائع من كل مسئولية عن استحقاق المبيع أن يتفق في العقد على عدم الضمان ، وأن يشتري المشتري «ساقط

(١) أنظر محكمة النيا الكلية في ٢٢ مايو ١٩٣٢ (الحاماة من ١٣ رقم ٢٩٥ من ٥٧٢ .
محكمة استئناف مصر في ٢٦ يناير ١٩٣٩ (الحاماة من ٢٠ رقم ٢٢٠ من ١٢٠) .
(٢) أنظر في هذا : سليمان مرقص ، ومحمد حل امام : المرجع السابق بند ٢١٩ من ٣٧٦ .
عبد المنعم البدرأوى المرجع السابق بند ٣٣٠ من ٣٩٥ . منصور : بند ٨٧ من ١٩٠ . اسماعيل
غانم : من ١٩١ . السهري من ٧٠٨ . أنور سلطان وجلال العلوي : المرجع السابق بند ٤١٧
من ٣٣٠ .

الخيار» (١) بحسب عبارة المادة ٢/٤٤٦ . ولابد من اجتماع الأمرين معاً ، كما هو واضح من النص . وفي هذه الحالة يعتبر من العقود الاحتمالية .

وقد صرحت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بأن العقد يكون احتمالياً ، سواء في حالة شراء المشتري «ساقط الخيار» ، أم في الحالة السابقة ، وهي علم المشتري بسبب الاستحقاق ، فقالت : «ويكون البائع غير مسئول عن رد شيء ما إذا صحب شرط عدم الضمان أحد أمرين ، علم المشتري بسبب الاستحقاق ، أو شراؤه ساقط الخيار ، لأن البيع في هذه الحالة يكون عقداً احتمالياً» .

والواقع أن البيع في حالة شراء المشتري على مخاطره يأخذ طابع العقود الاحتمالية . ومن الجائز تبعاً لذلك أن يتم الشراء بضمن منخفض ، فلا يكون له الرجوع حتى بالثمن ، سواء في حالة الاستحقاق الكلى أم في حالة الاستحقاق الجزئى (٢) . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن قبول الاحتمال أو الفرر الملازم لشراء تم على أن يأخذ المشتري على عاتقه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر *à ses risques et perils* يجوز أن يستتج من عبارات مماثلة (٣)

(١) ويستعمل قانون الموجبات والعقود اللبناني عبارة أخرى مقابلة لعبارة «ساقط لخيار» التي يستعملها القانون المصرى ، وهي عبارة «أخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر» وذلك ترجمة لعبارة الفرنسية (*à ses risques et perils*) . وعبارة القانون اللبناني أدق في التعبير عن المقصود في هذا الصدد من العبارة الواردة في النص المصرى .

أنظر كذلك : مصطفى الزرقا : عقد البيع في القانون السوري ، ص ٢١٨ هامش ٢ .
(٢) أنظر كذلك : *Limpens* (مع آخرين) : البيع في القانون البلجيكي (١٩٦٠) بند ٢٥٨ ص ٢٥٥ *Ripert et Boulanger* المرجع السابق (١٩٥٩) بند ٥٢١ ص ٧٠٥ .
Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق بند ١٢٤ ص ١٣٤ *Beudant* المرجع السابق بند ٢٣٠ ص ١٨٢ *Baudry et Saignat* : المرجع السابق بند ٤٠٩ .

(٣) أنظر نقض منى فرنسى في ١٩٤٨/٣/١٠ في (D. 1948, 255) وأنظر كذلك *Baudry et Saignat* : المرجع السابق بند ٤٠٩ . *Beudant* ص ١٨٣ وهامش رقم ٢ . وكذلك : السجورى : بند ٣٥٩ ص ٧٠٩ . مصطفى الزرقا : عقد البيع في القانون السوري ، المرجع السابق بند ١٧٧ .

والواقع أن معرفة ما إذا كان العقد احتمالياً ينبغى أن يرجع فيها إلى كل حالة على حدة

على أنه إذا كان من الواضح أنه إذا أخذ المشتري على عاتقه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر ، فانه يلزم فضلاً عن ذلك ، أن يكون هناك اشتراط بعدم ضمان البائع ، حتى يعنى هذا الأخير من أية مبالغ كان يمكن الرجوع بها عليه . وهذا واضح من نص المادة ٤٤٦ مدني . وهو ما يسلم به الفقه (١) .

ومع ذلك فان الفقه الفرنسي ، بصفة عامة ، يكتفى في هذا الصدد بأن يصرح المشتري أنه اشترى على مسؤوليته ، إذ هو بذلك يأخذ على عاتقه كل المخاطر ، ويبرم عقداً احتمالياً يعنى فيه البائع - في حالة استحقاق المبيع من الغير - حتى من أداء الثمن . ولا يستلزم هذا الفقه ، إلى جانب تصريح المشتري بذلك ، أن يلحق هذا التصريح شرط بعدم الضمان . ذلك أن المشتري إذا أخذ على عاتقه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر ، فان هذا يعنى أنه لا يجوز له الرجوع على البائع . فالبيع بذلك بيع احتمالي طبقاً لما يصرح به المشتري نفسه (٢) .

وإذا غرضنا النظر عما يستلزمه المشرع في هذه الحالة من توافر شرط عدم الغشيان وشراء المشتري ساقط الخيار ، فان شراء المشتري على مخاطره ، أو على مسؤوليته ، أى شراؤه ساقط الخيار كما يقول المشرع ، يعنى أنه يبرم عقداً من عمود الغرر ، وتبعاً لذلك لا يكون له أى رجوع على البائع ،

سواء قصت المحاكم المختلطة في هذا الصدد بأن من يشتري شيئاً متنازحاً فيه لا يكون له الحق في أية حال في المطالبة برد الثمن (استئناف مختلط ٧ نوفمبر ١٩٢٢ (بلتان ٣٥ - ١٤) . كما قصت كذلك بأن من يكتب حقه من ممتلكات ساقط الخيار ، مع حله . التام بخلاف الاستحقاق الذي أدى إلى رفع دعوى لا يكون له الحق في استرداد الثمن ، وذلك بالاستناد إلى المادة ٣٧٦ مدني مختلط (استئناف مختلط في ٢٤ مارس ١٩٣٨ بلتان ٥٠ - ١٩٠)

(١) أنظر : منصور : بت ٨٧ ص ١٩٠ . أنور سلطان وجلال العلوي : بت ٤١٩ ص ٢٣١ . محمد لييب شلب : المرجع السابق بت ١٦٩ ص ٢١٧ .

(٢) أنظر في هذا Laurent المرجع السابق بت ٢٥٨ ص ٢٥٦ - ٢٥٧ Baudry et Saignat : بت ٤٠٩ . Aubry et Rau : بت ٣٥٥ هامش ٥١ Planiol-Ripert. (ter) et Hamel : بت ١٢٤ ص ١٣٤ .

إذا ما تم الاستحقاق ، لأن فكرة الغرر واضحة ، ولهذا فإن استلزام شرط عدم الضمان إلى جانب ذلك يعتبر فضلة من القول (١) .

وإذا كان يمكن القول بأن تصريح المشتري بأن يشتري على خطره أو على مسؤوليته ، يعنى أنه يبرم عقداً من عقود الغرر ، فإن هذا الأمر يختلف عن الحالة الأخرى التى عرض لها المشرع وهى علم المشتري بسبب الاستحقاق ، إذ ليس من اللازم فى حالة علم المشتري بسبب الاستحقاق أنه يبرم بذلك عقداً احتمالياً . فهو يأمل أن خطر هذا الاستحقاق لن يتم . وإذا ما تم فإنه يعتمد على ما يلزم به البائع من ضمان . ولهذا يلزم أن يصرح البائع بأنه ليس ضامناً . وفى هذه الحالة حيث يجتمع علم المشتري بسبب الاستحقاق واشتراط البائع عدم الضمان ، يكون من اليسير استنتاج أن البيع عقد احتمالى . ذلك أن المشتري يعلم أنه مهدد بخطر الاستحقاق ، وإذا تم ذلك لا يكون له أى رجوع على البائع (٢) .

٢٧ - المقصود بالعلم أو معيار حسن النية فى حالة ضمان الاستحقاق

ينصرف حسن النية فى هذا الصدد إلى جهل المشتري بخطر الاستحقاق . وقد وضعت محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها تعريفاً فى هذا الصدد للمقصود بحسن النية الذى نص عليه المشرع عند الكلام فى بيع ملك الغير قررت فيه أن المشرع وإن جعل «مناط حسن نية المشتري هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له ، فهو يعنى ألا يكون هذا المشتري عالماً وقت شرائه بأن البائع له لا يملك المبيع ، وبأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية إليه ، ومن ثم فلا ينضى حسن النية عن المشتري بمجرد علمه بأن سند البائع

(١) أنظر : عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق بند ٣٣٠ ص ٤٩٦ . وانظر كذلك السهرورى : المرجع السابق ص ٧٠٩ . وانظر كذلك حكم الاستئناف المختلط فى ٢٤ مارس ١٩٣٨ المشار إليه أعلاه .

(٢) أنظر Colmet de Santerre t. 7, p. 91. no. 64 Bis, II et III
Cui//ouard I no. 395, Huc X. no 114. Laurent no. 258, Baudry et Sagnat, no 409

له عقد بيع ابتدائي لما يسجل ، إذ في هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية ، بل ان انتقالها يكون ممكناً بمجرد تسجيل البائع عقد تملكه .. (١).

وإذا كان حسن النية ينصرف إلى الجهل بالواقعة التي نشأ عنها الاستحقاق على هذا النحو ، فهل يلزم لكي يكون سوء النية أن يعلم بتلك الواقعة علماً حقيقياً أو أنه يكفي أن يكون من الممكن أن يعلم ؟

يبدو أن المقصود في هذا المجال ، وعلى خلاف حالة حسن النية بالنسبة للعيوب ، انه يلزم أن يكون علم المشتري بالواقعة علماً حقيقياً . وذلك مع مراعاة ما أوردناه بالنسبة للعلم المستمد من التسجيل ، خاصة في ظل نظام السجل العيني (٢) .

هذا هو المقصود بحسن أو سوء النية ، فهو ينصرف إلى الجهل أو العلم بسبب الاستحقاق . فلا يقصد بسوء النية هنا قصد الإيذاء لدى المتعاقدين (٣) .

والعبرة في هذا الصدد بحسن النية وقت العقد ، أو بالآخرى وقت تبادل الرضى . ومع ذلك فانه إذا كان يقصد بحسن النية أن يجهل المشتري سبب الاستحقاق ، فان الفقه يستلزم أن يكون هذا الجهل مبرراً ، مشروعاً ، *Légitime* ، فلا يكفي أي جهل يخطر الاستحقاق الواقع على المبيع حتى يكون له الرجوع على البائع . ولهذا يكون على المشتري أن يثبت عند العقد المخاطر الظاهرة للتعرض ، إذ لا لوم على البائع في علم اظهارها له (٤) .

(١) نقض مدني في ١١ يوتيه ١٩٦٤ مجموعة المكتب الفني ١٥ رقم ١٢٨ ص ٨١٤ .

(٢) أنظر كذلك *Boudand* : ص ١٦٦ هامش ٢ وهو يرى أن المشتري الذي يجهل سبب الاستحقاق يعتبر حسن النية ، حتى على الرغم من وجود تسجيل أو قيد .

(٣) أنظر في هذا *R. Vouin : La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, thèse, Bordeaux 1939, p. 52 et s.*

وانظر كذلك *Carbonnier* : ص ٢٠٠ بند ٦٥ ص ٢١٧ و ٢١٨ والمراجع التي أشار إليها في هذا الصدد .

(٤) أنظر في هذا : *Mazeaud* : المرجع السابق ص ٣ بند ٩٦٢ ص ٨١٩ . وانظر مع ذلك ما يقرره القضاء الفرنسي في هذا الصدد من أنه إذا كانت المحاكم تستلزم فقط أن يجهل المشتري أن المبيع ملوك للغير ، فانه لا يمتنع أن ينتج هذا الجهل من خطأ جسيم يعدم أهلية يقع من المشتري (أنظر نقض فرنسي مرات في ٨ مايو ١٨٧٢ (D. 73. I. 479) وفي (S. 73. I. 76) .

ويراعى أن حسن النية ينضى إذا أعلم البائع المشتري بسبب الاستحقاق أو إذا أثبت أنه قد علم به فعلاً . ذلك أنه إذا كان حسن النية مفترضاً ، فإنه يقع على البائع إثبات العكس^(١).

المبحث الثاني

هل لعلم المشتري بأسباب الاستحقاق اثره على نطاق ما يحكم له به ؟

٢٨ - **تقسيم :** قلنا أن مجرد علم المشتري بسبب الاستحقاق لا يعنى أنه يبرم عقداً احتمالياً ، وأن هذا العلم لا يحرمه من الرجوع على البائع إلا إذا اقترن بشرط عدم الضمان . ومع ذلك فإن هذا العلم ، إذا كان غير مقترن بشرط عدم الضمان ، قد أثار الكلام حول مدى ما يمكن للمشتري أن يرجع به على البائع . فقد ثار هذا الخلاف في ظل القانون الفرنسى ، كما يثور الآن في ظل القانون المصرى القائم . ولهذا نرى من الملائم أن نعرض لهذا الموضوع في ظل القانون الفرنسى أولاً ، ثم نعرض له في ظل القانون المصرى .

٢٩ - **أولاً - في ظل القانون الفرنسى :** السائد في ظل هذا القانون في الوقت الحاضر هو أن علم المشتري بنظر الاستحقاق لا ينحول له الرجوع على البائع بالتضمنيات . ولكن الرأى منقسم حول المقصود بالتضمنيات . هل هى كافة ما يستحق للمشتري بسبب الاستحقاق من المبالغ الأخرى ، عدا الثمن ، أم أنها تقتصر على التعويض فقط عما يقع من أضرار ، أى على التعويض بالمعنى الضيق .

ترى غالبية الفقهاء أن المقصود بالتضمنيات هنا ، كافة المبالغ الأخرى التى تستحق للمشتري عند استحقاق المبيع ، عدا الثمن le prix الذى دفعه . ولهذا يفرقون بين حق المشتري في استرداد الثمن ، وحقه في المبالغ الأخرى . وبالنسبة لهذه المبالغ يدخلونها تحت التعويضات أو التضمنيات

(١) أنظر فيما سبق بند ٥ ص ١٠ وعامش ٢ .

بصفة عامة dommages-interêts فتشمل : الثمار والمصرفات ثم التعويضات .
أى تشمل خيخ العناصر المنصوص عليها فى المادة ١٦٣٠ ملئى فرنسى
لى جانب الثمن (١) .

أما الجانب الآخر من الفقهاء فأنهم يرون قصر المقصود بالتضمينات على
التعويض بالمعنى الضيق فلا يمتد لى الثمار والمصرفات . وبعبارة أخرى
ان هذا الجانب من الفقه يرى أن حق المشتري سىء النية لا يمتد لى التعويضات
المنصوص عليها فى الفقرة الرابعة من المادة ١٦٣٠ ملئى فرنسى (٢) .

وعلى ذلك فانه طبقاً للرأى الغالب فى ظل القانون الفرنسى لا يكون
المشتري سىء النية ، الذى يعلم عند البيع بخطر الاستحقاق ، الا الرجوع
بالثمن فقط ، دون غيره من الأداءات الأخرى التى عدتها المادة ١٦٣٠ ،
والى تتطوى تحت التضمينات بصفة عامة . ولكى تستحق تلك المبالغ
الأخرى ينبغى أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع ، بمجهل خطر الاستحقاق
الذى يتعرض له . وبعبارة أخرى ان أثر سوء النية يتمثل فى حرمان
المشتري من التعويضات بصفة عامة ، وأن التزام البائع يوقف بالنسبة
للمبالغ الأخرى (٣) .

ولا يقوم الحل السابق على حكم مباشر فى شأن أحكام الضمان ، ولكنه
يستند لى ما أورده المشرع فى شأن بيع ملك الغير عندما يقع الاستحقاق

(١) أنظر فى هذا : Aubry et Rau : بند ٣٥٥ هامش ٣٢ Laurent : بند ٢٤١ ص ٢٤٠
Baudry et Sagnat : بند ٣٧٥ Josseland : بند ١١١٢ ص ٥٨٢ Planiol-Ripert
et Hamel : بند ١١٣ ص ١٢٣ .

(٢) أنظر Beudant : المرجع السابق - بند ١١ ص ٢١٣ وبنده ٢١٥ ص ١٧٠ .
أنظر كذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٤٩٣

(٣) أنظر Aubry et Rau : بند ٣٥٥ من هامش ٤٦ Baudry et Sagnat .
بند ٣٧٥ و٤٠٠ و٤٠٩ : Laurent : بند ٢٥٩ - ٢٦١ Calin-Capitant et De la
Morandière : المرجع السابق (ط ١٠ ص ١٩٥٣) - بند ٢ ص ٩١٩ ص ٦١٣ .
Planiol-Ripert et Hamel : بند ١١٣ Mazcaud : السابق - بند ٣ ص ٩٦٥ .

من المالك الحقيقي للمبيع . ذلك أن المادة ١٥٩٩ من القانون المدني الفرنسي في شأن بيع ملك الغير ، لا تخول للمشتري الحق في التعويض إلا إذا كان يجهل أن المبيع مملوك للغير ، أى إلا إذا كان يجهل خطر الاستحقاق . إذ تنص هذه المادة على أن : «بيع ملك الغير باطل : ويجوز أن ينشأ عنه حق للمشتري في طلب التعويض متى كان يجهل أن الشيء مملوك للغير» . فاستناداً إلى هذا النص ، وخشية وقوع التعارض معه ، قرر الفقه أن علم المشتري بخطر الاستحقاق ، حتى ولو كان هذا العلم عن غير طريق البائع ، يعفى هذا الأخير من التعويضات فقط ، دون الثمن . وهذا ما أخذ به في ظل القانون الفرنسي القديم ، وسار عليه التقنين المدني الفرنسي (١) .

— ويسير القضاء الفرنسي كذلك في هذا الاتجاه . فيقرر أنه إذا كان مجرد العلم بخطر استحقاق الغير للمبيع يكفي لاعفاء البائع من الالتزام بالضمان ، فإنه لا يعفيه من رد الثمن ، طالما أنه لم يشترط عدم الضمان ، وطالما أنه لم يشتر على مخاطره . وتقول محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد : «... أنه إذا لم يوجد شرط صريح بعدم الضمان ، يظل البائع ملتزماً برد الثمن ، حتى في الحالة التي يثبت فيها أن المشتري قد علم ، منذ البيع ، بالمخطر الذي يتعرض له ، هذا ما لم يشترط أنه يشتري على مخاطره» (٢) . كما استلزمته هذه المحكمة توافر حسن انية لدى المشتري للحصول على المبالغ

(١) Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤٠٠ وقد أشار إلى بوتييه في البيع بند ١٨٧ . وانظر القضاء الذي أورده في هذا الصدد . ثم انظر كذلك آخر بند ٤١٠ من Baudry .

(٢) وقد جاء نص الحكم بالفرنسية كما يلي : «... En une telle hypothèse, et à défaut de clause expresse de non-garantie, le vendeur reste tenu à la restitution du prix, même au cas où il serait établi que l'acheteur aurait eu lors de la vente, connaissance du risque auquel il était exposé, à moins qu'il n'ait été expressément stipulé que celui-ci achetait à ses risques et périls...»

نقض مدني فرنسي في ٩ مارس ١٩٣٧ (S. 1937. I. 164) . وانظر مع ذلك التعليق على هذا الحكم وكذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ٣٢٠ . والهنوري ص ٦٨٥ بالمهامش حيث نسب إلى هذا الحكم أنه يقرر أن علم المشتري لا أثر له على رجوعه حتى بالتعويضات ، ولكن الواقع أن هذا هو ما جاء في التعليق على الحكم ، لا ما أورده الحكم ذاته .

الأخرى ، غير الثمن ، وهى الزيادة فى القيمة التى كانت قائمة وقت حصول التعرض ، والتعويضات (١) .

ومن هنا يتضح أن القضاء الفرنسى يستلزم حسن نية المشتري للرجوع بالتعويضات ، وهى المبالغ الأخرى غير الثمن . فإذا كان مسمى النية يعلم خطر الاستحقاق الذى يتعرض له المبيع ، اقتصر حقه على الرجوع بالثمن فقط .

٣٠ - ثانياً - فى ظل القانون العبرى : يمكننا أن نفرق بين الوضع فى ظل القانون القديم والوضع فى ظل القانون القائم .

٣١ - فى ظل القانون القديم : تأثر الفقه والقضاء بما كان سائداً فى ظل القانون الفرنسى . فإذا كان للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان إذا ما استحق المبيع ، إلا أنه لا يكون له أن يرجع بالتضمينات إلا إذا كان حسن النية . وعلى ذلك إذا كان قد اشترى وهو عالم بسبب الاستحقاق ، فلا حق له فى التعويض . وهذا رأى مستفاد من أحكام بيع ملك الغير ، على غرار ما أخذ به الفقه الفرنسى . وإذا كان المشتري مسمى النية لا يستحق التعويضات فإن له أن يسترد الثمن ، إذ ليس للبائع ما يسوغ امساكه ، حيث أن بقاءه بين يديه لم يعد له سبب (٢) .

وقد أخذت محكمة النقض المصرية ، كما أخذ القضاء المختلط بهذه الوجهة . فقررت محكمة النقض أنه : «إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ، ثم تبين بعد البيع عدم ملكيته للمبيع ، كان البائع ملزماً فى حالة نزع ملكية هذا الشيء

(١) أنظر نقض فرنسى (جبارى) فى ١٩٥١/٢/٢٨ Bull. Cass. 1951.2.64 ويتعلق الأمر هنا بحسن نية شركة حصل لها تعرض من المالك الحقيقى فى الحصة التى قلمها أحد الشركاء .
وانظر كذلك محكمة Colmar فى ١٩٥٠/١٠/٢٠ D. 1951. 69 وقد جاء فيه أن المشتري مسمى النية لا يكون له إلا الحصول على الثمن الذى أداه فقط ، دون أية تعويضات أخرى .
(٢) أنظر فى هذا : أحمد نجيب الحلالى ، وحامد زكى : المرجع السابق ، بند ٣٧٦ ص ٣٧٨ وبند ٣٧١ ص ٣٧١ - ٣٧٣ .

من المشتري بالتضمينات إذا كان المشتري يعتمد وقت الشراء صحة ماكية
البائع للشيء المبيع (أى كان حسن النية) . ويحتسب ضمن التضمينات مازاد
في قيمة المبيع بعد البيع على ثمنه (١) .

٣٢ - في ظل القانون القائم : أما في ظل القانون القائم فقد انقسم
الفقه حول هذا الموضوع ، وظهر هناك اتجاهان في هذا الصدد .

٣٣ - الاتجاه الأول : الاعتماد بحسن نية للمشتري في رجوعه على البائع:
ففي اتجاه أول قيل انه يلزم لكي يرجع المشتري بالتعويض ، في
حالة استحقاق المبيع ، أن يكون المشتري حسن النية . وهذا الاتجاه متأثر
بما هو سائد في ظل القانون الفرنسي . وهو يستند كذلك إلى ما أورده
المشرع في المادة ٤٦٨ مدني بشأن بيع ملك الغير والتي تقضي بأنه وإذا حكم
للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله
أن يطالب بتعويض ، ولو كان البائع حسن النية . ولهذا يكون للمشتري
عند رجوعه بالضمان مطالبة البائع بالتعويض بشرط أن يكون حسن النية ،
يجعل أن المبيع مملوك للغير .

(١) نقض في ١٩ نوفمبر ١٩٣١ ملعن رقم ١١ س ١ في مجموعة النقض في ٢٥ سنة تحت
بيع قاعده ٧٨ وفي المحاماه س ١٢ رقم ١٥٩ ص ٢٩٦ . وانظر كذلك حكمها في ١٩٥١/٢/١
بمجموعة النقض المذكور قاعدة ٨٣ . وقد جاء في هذا الحكم الأخير : أن «الضمان المقرر قانوناً
على البائع عند استحقاق المبيع يلزمه برد الثمن مع التضمينات وفقاً للمادة ٣٠٤ مدني (قديم) .
مالم يكن المشتري عالماً وقت البيع بالسبب الذي أدى إلى الاستحقاق ، إذ لا يجرى له في هذه الحالة
الرجوع على البائع بالتعويضات عملاً بالمادة ٢٦٥ مدني (قديم) . وهذا وذلك دون حاجة إلى
اشتراط خاص في العقد ... » . وانظر كذلك حكمها في ١٩٥٤/١/٢١ بالموضع السابق تحت
قاعدة ٨٨ ، وان كان يبدو من وقائع هذا الحكم أنه كان مشروطاً عدم الرجوع إلا في حدود
الثمن الحقيقي .

ثم أنظر كذلك استئناف مختلط في ٢٥ يونيو ١٩٣٥ (مجموعة ٤٧ - ٣٩١) وأحكاماً
أخرى أشار إليها السجوري ص ٦٨٤ بالمهامش . هذا وقد جرى بعض أحكام القضاء المختلط
على أخطاء المشتري تعويضاً مخففاً في حالة ما إذا كان البائع أيضاً سيئ النية - أنظر استئناف مختلط
١١ مايو ١٨٩٧ مجموعة ٩ ص ٣٤١ .

ويضيف بعض أنصار هذا الاتجاه إلى ذلك أن الواقعة التي أدت إلى إبطال البيع أو إلى الضمان هي في النهاية واحدة ، وهي صلور البيع من غير مالكة . ولما كانت دعوى إبطال بيع ملك الغير ليست في الواقع سوى دعوى ضمان أجزى رفعها قبل الأوان (أي قبل حصول التعرض الفعلي) ، فإنه يجب ألا يتغير مدى حق المشتري تبعاً للدعوى التي يختار رفعها . ولهذا وجب التول بأن المشتري لا يحق له الرجوع على البائع إلا بقيمة المبيع ، متى كان يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق . ولا يكون له الرجوع بسائر بنود التعويض إلا إذا كان حسن النية (١) .

ومن الواضح أن هذا الاتجاه يربط بين أحكام الضمان وأحكام بيع ملك الغير ، مع أنه ينبغي أن ننظر إلى أحكام الضمان استقلالاً عن أحكام بيع ملك الغير (٢) . حقاً أنه في حالة استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً ، يكون هذا المبيع ، في الغالب من الحالات ، مملوكاً للغير وقت البيع . ولكن هذا ليس أمراً لازماً في جميع الحالات . فقد يقع الاستحقاق الكلي استناداً إلى سبب آخر ، إذ قد يكون البائع مالكاً للمبيع عند البيع ، ويكون المشتري على علم بذلك . ثم يقوم هذا البائع بالتصرف في المبيع إلى مشتري ثان يفضل على المشتري الأول . في هذه الحالة يكون للمشتري الأول الرجوع على البائع له طبقاً لأحكام الضمان . ومن ناحية أخرى فإن المبيع قد يكون مملوكاً للبائع ومرهوناً في الوقت ذاته ، ثم يباع هذا المال المرهون استيفاء لدين الدائن المرتهن ، فيكون للمشتري الرجوع على البائع (المدين) بالضمان كذلك . وهذا هو الحكم أيضاً عند ما يبيع المالك ما يملك ، ولكن قبل أن تنتقل الملكية إلى المشتري

(١) أنظر من أنصار هذا الاتجاه : أنور سلطان : البيع ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٥٥ ص ٣١٦ .

عبد النعم البدراوي : عقد البيع ، السابق بند ٣١٥ ص ٤٧٨ - ٤٧٩ .

(٢) أنظر كذلك رسالة B. Gross بعنوان : La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris 1964, No. 341, p. 323 — 325. وتكشف مذكرة المشروع التمهيدى لقانون المدني المصري بشأن المادة ٤٦٨ المتعلقة ببيع ملك الغير ، عن الربط بين ضمان الاستحقاق الكلي وبيع ملك الغير فتقول إن الاستحقاق إذا كان كلياً ، كان هذا هو بيع ملك الغير (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية - ٤ ص ١٩٤) . وأنظر مع ذلك ما سيرد في المتن .

يقوم أحد دائتي البائع بالحجز والتنفيذ على المبيع ، وفي هذه الحالة أيضاً يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان (١) .

ومن هذا تبين أن التلازم بين الاستحقاق الكلي وبين بيع ملك الغير ليس أمراً عموماً في جميع الحالات التي يكون فيها للمشتري الرجوع بالضمان على أساس استحقاق المبيع ، وهو ما يدعو إلى إعادة النظر في هذا الموضوع بحيث ينظر إلى أحكام الضمان بصفة مستقلة ، تقوم على نص خاص ينظمها ، وليس استناداً إلى بيع ملك الغير ، رغم ما بين النظامين من تقارب . وسنعود إلى هذا الموضوع مرة أخرى .

٣٤ - الاتجاه الثاني : عدم الاعتماد بحسن أو سوء نية المشتري في رجوعه على البائع : وفي الاتجاه الثاني قيل إن للمشتري أن يرجع على البائع - في حالة الاستحقاق الكلي - بكافة عناصر التعويض ، بصرف النظر عما إذا كان حسن النية أم سوء النية عند العقد . فليس لحسن أو سوء نية المشتري أثر في رجوعه على البائع بتلك العناصر . وبهذا يختلف رجوع المشتري على أساس الضمان عن رجوعه على أساس بطلان بيع ملك الغير (٢) .

ويستند هذا الاتجاه ، وهو الذي تؤيده الغالبية من الفقهاء في مصر في الوقت الحاضر (٣) ، إلى عدة أسس ، يمكننا أن نعرض لها فيما يلي :

(١) أنظر Ripert et Boulanger d'après Planiol ٣ (١٩٥٨) بنده ١٥٠٥ ص ٥٠٢ .
متصور المرجع السابق بنده ٨٦ خاصة ص ١٧٨ . اسماعيل غانم : المرجع السابق ص ١٨٥ - ١٨٦ .
محمد ليب شنب : المرجع السابق (ط ١٩٦٦) بنده ١٥٨ ص ٢٠٩ . محمد ليب شنب ومجدي صبحي خليل : شرح أحكام عقد البيع (١٩٦٨) بنده ١٧٥ ص ٢٣٥ . مؤلفنا عقد البيع في القانون اللبناني ، المرجع السابق بنده ١٨٣ ص ٣٨٦ - ٣٨٩ وكذلك هامش ١ ص ٣٨٨ .
(٢) وفي هذا يقول السهوري (المرجع السابق : بنده ٣٥٢ ص ٦٨٤) : ان وأهم فرق في التمويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق وبين التمويض المستحق بدعوى الإبطال أو دعوى الفسخ يظهر عندما يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع . ففي دعوى ضمان الاستحقاق لا يؤثر هذا العلم في مقدار التمويض ..

(٣) أنظر من المؤيدين لهذا الاتجاه : سليمان مرقس ومحمد علي امام : المرجع السابق بنده ٢٠٧ ص ٣٦٢ - ٣٦٣ . متصور : بنده ٨٦ ص ١٧٧ - ١٧٨ . اسماعيل غانم : ص ١٨٥ - ١٨٦ =

فقد قيل ان المادة ٤٤٣ مدني ، التي تبين ما يرجع به المشتري في حالة استحقاق المبيع ، قد وردت عامة ، دون تمييز بين حالة حسن أو سوء نية المشتري في رجوعه على البائع بالمبالغ المينة فيها . كما أن المذكرة الإيضاحية المتعلقة بهذا النص قد جاءت عامة كذلك لم ترتب على حسن أو سوء نية المشتري أي أثر .

كما أن المشرع المصري قد آثر ، في بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق أن ينظم الحل الذي تخليه القواعد العامة . وذلك أن ضمان الاستحقاق التزام في ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبة على أساس هذا العقد . ومعنى ذلك ، كما تقول المذكرة الإيضاحية ، أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه إلا مع قيام عقد البيع . والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع . ولما كان المبيع قد استحقق واستحال بذلك التنفيذ العيني للالتزام ، فلم يبق أمام المشتري إلا أن يطالب بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض . والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٥٨٩ من المشروع وهي تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقدير التعويض ... (١) ولا تفرق القواعد العامة بين ما إذا كان مستحق التعويض حسن النية أم سوء النية ، إذ لا يختلف مقدار ما يحكم به من تعويض تبعاً لاختلاف نية الدائن (أي المشتري في هذه الحالة) (٢) .

وفضلاً عما سبق يستند أنصار هذا الاتجاه إلى ما أورده المشرع نفسه في آخر المادة ٤٤٣ حيث نص على إمكان رجوع المشتري ، فضلاً عن دعوى الاستحقاق ، بدعوى فسخ البيع أو إبطاله ، مع ما هنالك من اختلاف بالنسبة

سعيد الفتاح عبد الباقي : محاضرات في العقود المسماة ج ٣ (عقد البيع) بند ١٥٧ ص ٢٤٧ ٢٤٨ ، السهورى : بند ٣٥٢ . أنور سلطان وجلال العلوي : بند ٤٠٣ وخاصة ٤٠٦ ص ٣٢٢ .

محمد لبيب شبيب ، ومجدي صبحي خليل بند ١٧٥ ص ٢٢٣ وما بعدها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ٤ ص ٩٥ .

(٢) انظر في هذا : سليمان مرقس ، ومحمد علي امام : بند ٢٠٧ ص ٣٦٢ . اسماعيل غانم ص ١٨٦ ، لبيب شبيب : بند ١٥٨ . لبيب شبيب ومجدي صبحي : بند ١٧٥ ص ٢٣٥ - ٢٣٦ .

لمدى ما يحق للمشتري المطالبة به في كل من هاتين الدعويتين عنه في دعوى الضمان .

وأخيراً ينبغي أن يراعى أن موقف المشرع المصرى في ظل القانون القائم يختلف عنه في ظل القانون السابق . ففى ظل القانون السابق كان للمشتري أن يرجع بالثمن ، وذلك استناداً إلى قواعد الاثراء نظراً لأنه بعد استحقاق المبيع ، يصير تحت يد البائع دون سبب (١) . أما في ظل القانون الحالي ، فإن المشتري لا يرجع بالثمن ولكن بقيمة المبيع طبقاً لما نصت عليه المادة ٤٤٣ مدني ، وفارق بين الحالتين . فإذا كان رجوع المشتري في ظل الحالة الأولى على أساس أن العقد غير موجود ، فإنه في ظل القانون القائم يرجع على أساس أن العقد قائم كما أبانت المذكرة الإيضاحية ، حيث تقول إن «ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه الا مع قيام عقد البيع ، والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع» . ولما كان قد أصبح مستحيلاً ، فإن التنفيذ يتم بطريق التعويض . فأساس رجوع المشتري في هذه الحالة بالتعويض هو المسؤولية العقدية . أى أن القانون الحالي يتمشى في هذا الصدد مع قواعد التنفيذ بمقابل .

ومن هذا نتبين أن الاتجاه الثاني يكشف عن وجود فارق جوهري في الرجوع بالضمان . ذلك أن المشتري لا يرجع بالثمن ، بل يرجع بقيمة المبيع . كما أنه في ظل القانون الحالي يرجع طبقاً لأحكام التنفيذ بمقابل نظراً لقيام العقد ، وهو يرجع طبقاً للقواعد العامة التي لا تفرق بين حسن أو سوء نية الدائن . ولهذا يكون له أن يرجع ، طبقاً لدعوى الضمان ، بقيمة المبيع فضلاً عن المبالغ الأخرى التي عددها المشرع . وهو يستطيع الرجوع بتلك المبالغ الأخيرة ولو كان سعى النية عند البيع ، يعلم سبب الاستحقاق .

(١) أنظر : الهلال ، وسامد زكي : ط ٣ بند ٣٧١ ص ٣٧٢ - ٣٧٣ .

وإذا كان للمشتري أن يرجع طبقاً لأحكام الضمان ، وبالمبالغ التي يبتها المادة ٤٤٣ مدني ، فإن له فضلاً عن ذلك أن يرجع - كما ذكرت الفقرة الأخيرة من هذه المادة - على أساس فسخ البيع أو ابطاله . ومعنى هذا أنه يكون له ألا يطالب بتنفيذ الالتزام ، بل بفسخ البيع ، باعتبار أنه عقد ملزم للجانبين وقد أحل البائع بالتزامه ، أو يطالب بإبطال البيع ، على أساس أنه بيع ملك الغير بعد أن ظهر أن المبيع مملوك لغير البائع . هذا هو ما ذكره المشرع ، وما صرحت به المذكورة الإيضاحية (١) . فرجوع المشتري على أساس الضمان لا يخل برجوعه على أساس الفسخ في العقود الملزمة للجانبين ، أو على أساس بطلان بيع ملك الغير . وفي حالة المطالبة بالفسخ أو بالبطلان يترتب عليهما من الآثار ما تقرره القواعد العامة .

ويراعى في هذا الصدد أن أنصار هذا الاتجاه الثاني إذا كانوا يرون أنه لا يفرق بين حسن أو سوء نية المشتري من حيث الرجوع بالمبالغ الأخرى غير الثمن ، إلا أنهم يتحفظون لحالة ما إذا كان علم المشتري بسبب الاستحقاق يعتبر قرينة على أن البائع اشترط عدم الضمان ، مما يترتب عليه التزامه برد قيمة المبيع فقط ، دون سائر بنود التعويض الأخرى . وعدم الالتزام برد شيء سوى قيمة المبيع يقوم في هذه الحالة على افتراض وجود اتفاق ضمني بعدم الضمان . ولهذا إذا ثبت ، رغم سوء نية المشتري ، ان ارادة المتعاقدين لم تتجه إلى اشتراط عدم الضمان ، وجب تقرير حق المشتري في اقتضاء جميع التعويض ، رغم علمه بسبب الاستحقاق (٢) .

المبحث الثالث

النظر في الحلول السابقة ، وضرورة توحيد الاسس التي يرجع للمشتري بمقتضاها

٣٥- **اختلاف الاسس التي تقوم عليها تلك الحلول وصعوبة التوفيق بينها :**
عرضنا فيما سبق للحلول التي قيل بها في ظل كل من القانونين

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية - ٤ ص ٩٧ .

(٢) مرقس وامام : المرجع السابق بند ٢٠٧ ص ٣٦٣ ، وبند ٢١٩ ص ٣٧٥ - ٣٧٦ .

الفرنسي والمصري . ويمكننا أن تبين من خلال تلك الحلول أن هناك اتجاهين أساسيين : أحدهما يجعل للمشتري الرجوع بالثن في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع ، ولا يخول له حقاً في المبالغ الأخرى إلا إذا كان حسن النية لا يعلم عند البيع سبب الاستحقاق الذي يتعرض له ، وأن هذا الحل يستند إلى ما أورده المشرع بشأن بيع ملك الغير . أما الحل الآخر ، وهو الحل السائد في ظل القانون المصري القائم ، فانه يجعل للمشتري في حالة الاستحقاق الكلي الرجوع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، كما يجعل له فضلاً عن ذلك الرجوع بالمبالغ الأخرى التي نص عليها القانون في هذا الصدد ، وهي علاوة على الفوائد القانونية من وقت الاستحقاق - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع ، والمصروفات التي يبتها التي المادة ٤٤٣ في فقرتها الثالثة والرابعة ، وبوجه عام بالتعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع . ويكون للمشتري الرجوع بالمبالغ المذكورة ، بصرف النظر عما إذا كان حسن النية أم سوء النية ، أي بصرف النظر عما إذا كان يعلم عند البيع سبب الاستحقاق أو لا يعلم ذلك . أي أن للمشتري في حالة الاستحقاق الرجوع بالمبالغ التي تقضى بها المادة ٤٤٣ مدني مصري ، وذلك طبقاً لهذا الرأي السائد في مصر الآن منذ صدور القانون المدني الحالي . وهذا الاتجاه الثاني يستند إلى فكرة تنفيذ العقد بمقابل أو عن طريق التعويض ، ويجعل أساس حق المشتري في الرجوع هو المسؤولية العقدية ، باعتبار أن العقد قائم ، وأن تنفيذه يتم بطريق التعويض . وهذا هو ما اتخذته المشرع المصري في المادة ٤٤٣ بالنسبة لرجوع المشتري على البائع في حالة الاستحقاق الكلي . وبذلك يختلف أساس الرجوع في هذه الحالة عنه بالنسبة للاتجاه الأول .

والواقع أنه قد يكون من العسير التوفيق بين هذين الاتجاهين المتعارضين حيث يقوم أحدهما على أساس زوال العقد ، ويقوم الآخر على أساس تنفيذه . ويزيد الأمر صعوبة أن كلا من الاتجاهين يتمشى مع منطق الأساس الذي يقوم عليه ، ويرتب نتائج منسجمة متكاملة في مجملها ، خاصة من

حيث ملئ ما يرجع به المشتري في كل من الحالتين. كما أن كلا من الاتجاعتين يتمشى مع القواعد العامة ، ومع ما يقضى به المشرع في هذا الصدد .

فطبقاً للقواعد العامة إذا لم يتم أحد المتعاقدين بالوفاء بالتزامه في عقد ملزم للجانبين ، كان للمتعاقد الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى (مادة ١٥٧/١) . وفي حالة المطالبة بالتنفيذ ، فانه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه .. (مادة ٢١٥) . وعلى ذلك فان عدم تنفيذ الالتزام الذي يفرضه العقد الملزم للجانبين يجعل للدائن الفسخ باعتباره جزاء على عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، كما يخول له كذلك ألا يلجأ إلى هذا البيل ويطالب بتنفيذ العقد عن طريق التعويض ، وهذه هي المسؤولية العقدية (١) . ولما كان البيع من العقود المأزمة للجانبين ، فانه إذا لم يتم البائع بتنفيذ التزامه بالضمان ، واستحق المبيع للغير ، يكون للمشتري أن يطالب بتنفيذ العقد عن طريق التعويض ، كما يكون له كذلك أن يطالب بالفسخ لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه .

وقد أثر المشرع عند وضع المادة ٤٤٣ من القانون المنقح الأول الذي يقضى بالتنفيذ عن طريق التعويض ، ويتحدد رجوعه بذلك على أساس المسؤولية العقدية . وهذا ما بينته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد (١) .

وإذا كان للمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني أو الفسخ ، طبقاً لقواعد العامة ، فان المشرع قد بين مع ذلك أن رجوعه على البائع طبقاً لاحكام الضمان ، والتي تقوم على أساس التنفيذ بطريق التعويض طبقاً لما أثره المشرع كما بينت المذكرة الايضاحية على ما قلنا ، لا يمنع من رجوعه

(١) أنظر السهورى : الوسيط ج ١ ط ٢ بنه ٤٦٢ ص ٧٨٢ .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٥ .

على أساس الفسخ ، أو الإبطال استناداً إلى بيع ملك الغير (١) وقد نصت
العبارة الأخيرة من المادة ٤٤٣ على هذا بقولها : « كل هذا ما لم يكن رجوع
المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » .

ومن هذا يتضح أن رجوع المشتري قد يكون على أساس التنفيذ بطريق
التعويض ، كما قد يكون على أساس الفسخ أو الإبطال استناداً إلى بيع ملك
الغير . وفي هاتين الحالتين الأخيرتين يزول العقد ، ولهذا يكون رجوع المشتري
بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية ، نظراً لزوال العقد (٢) .
وفي هاتين الحالتين كذلك يكون للمشتري أن يسترد ثمن المبيع لا قيمته
وقت الاستحقاق كما في حالة الرجوع بدعوى الضمان ، وذلك لأن هذا
الثن يصبح بين بلى البائع دون سبب ، فيكون للمشتري دعوى استرداد
غير المستحق (٣) .

على أنه إذا كان للمشتري - من الناحية العملية - أن يختار بين تلك
الدعاوى باعتبارها على قدم المساواة ، فانه مقيد من ناحية توافر شروط
كل منها . فاذا لم تتوافر هذه الشروط بالنسبة لاحدها ، تعين الالتجاء إلى
السبيل الآخر . وفي حالة المطالبة بالفسخ أو بالبطالان يترتب عليهما من
الآثار ما تقرره القواعد العامة (٤) . ومن الطبعي أن يختار المشتري من

(١) وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٤٤٣ من القانون الحال (مجموعة الأعمال
التحضيرية ج ٤ ص ٩٧) أن الالتجاء إلى التنفيذ بطريق التعويض « لا يمنع المشتري من سلوك
سبيل آخر ، فلا يطالب بتنفيذ الالتزام ، بل يطالب بفسخ البيع ، على أساس أنه عقد ملزم
للجانبين وقد أحل البائع بالتزامه ، أو يطالب بإبطال البيع على أساس أنه بيع ملك الغير بعد أن
ظهر أن المبيع يملكه الغير البائع » .

(٢) وإن كان يرامى أن من الفقهاء من يرى أن أساس المسؤولية في حالة إبطال بيع ملك
الغير هو نظرية الخطأ عند تكوين العقد . أنظر : السهري عقد البيع بند ١٦٢ ص ٢٩٢ - ٢٩٣ .
وأنظر مذكرة المشروع التمهيدى على المادة ٤٦٨ بشأن بيع ملك الغير في مجموعة الأعمال التحضيرية
ج ٤ ص ١٩٣ خلاصاً .

(٣) ذلك أنه يترتب على الفسخ والبطالان إعادة الحال إلى ما كان عليه ، وتبماً لذلك يسترد
المشتري الثمن ، مع التعويض في حالة بيع ملك الغير إذا كان هذا المشتري حسن النية .

(٤) مذكرة مشروع التمهيدى للمادة ٤٤٣ من القانون الحال : مجموعة الأعمال التحضيرية
ج ٤ ص ٩٧ .

بين تلك الدعاوى ما هو أيسر عليه من حيث أوجه التناقض والاثبات ، وما فيه مصلحته . فإذا كانت قيمة المبيع قد نقصت مثلاً ، فلا يلجأ إلى الضمان بل إلى الفسخ أو الإبطال حتى يسرد الثمن . وإذا كان يعلم عند البيع سبب الاستحقاق ، فلا يلجأ إلى الإبطال استناداً إلى بيع ملك الغير ، حتى لا يحرم من الرجوع بالتعويض على الرأى السائد في ظل القانون المصري الآن (١) . وبذلك نجد أن ما يرجع به المشتري يختلف بحسب الطريق الذي يختاره ، مع أن الأمر قد يكون واحداً في هذه الحالة ، وهو ظهور أن المبيع كان مملوكاً لغير البائع . ولا شك أن هذا الاختلاف في المعاملة بالنسبة للوضع الواحد يدعو إلى ضرورة إعادة النظر في الأسس التي يرجع المشتري بمقتضاها إذا ما استحق المبيع لغير .

٢٦ - ضرورة توحيد أسس رجوع للمشتري وترجيح فكرة انقضاء العقد
 مما سبق يتضح لنا ما هنالك من تناقض واختلاف في المعاملة بالنسبة لموقف المشتري إذا ما لجأ إلى دعوى الضمان أو إذا ما لجأ إلى فسخ العقد أو إبطاله . ذلك أنه إذا ما لجأ إلى السبيل الأول كان له أن يطالب بقيمة المبيع وقت الاستحقاق فضلاً عن المبالغ الأخرى التي بينها القانون في المادة ٤٤٣ مدني . وإذا ما لجأ إلى طلب الفسخ أو الإبطال كان له أن يسرد الثمن فقط ، بصرف النظر عن قيمة المبيع ، كما يكون له أن يطلب التعويض عندما يلجأ إلى طلب الفسخ (٢) ، ويحرم من هذا التعويض إذا ما طلب الإبطال وكان سوء النية يعلم سبب الاستحقاق وقت العقد . وكل هذا يكشف عن اختلاف مدني ما يرجع به المشتري بحسب الدعوى التي يختار رفعها ، مما يقتضي إعادة النظر في هذا الوضع المتناقض ، حيث تعطى حلول مختلفة للموقف الواحد .

(١) ويستند هذا الرأى إلى أن المادة ٤٤٣ لا تفرق بين حسن أو سوء نية المشتري الرجوع بالتعويض ، وإلى أن القواعد العامة في المسؤولية لا تفرق كذلك .

(٢) ففي حالة طلب الفسخ يكون له أن يطالب بالتعويض إذا كان له مقتض . هذا هو ما يقضى به القانون طبقاً للقواعد العامة (أنظر المادة ١٥٧/١ مدني) . وانظر مع ذلك ما جاء في مذكرة المشروع التي انتهى بصدد نص المادة ٤٦٨ من القانون الحالي من أنه إذا اختار المشتري الفسخ فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالب به لو اختار إبطال العقد « (الأعمال التشريعية ج ٤ ص ١٩٤) .

وإذا أردنا أن نحدد موقف المشتري في هذا الصدد ، فإن الأمر لا يخرج عن أحد وضعين : أما أنه يطلب تنفيذ العقد ، وهذا هو الحل الذي اختاره المشرع المصري في المادة ٤٤٣ ، وأما أن يستعمل حقه على أساس إنهاء العقد أوزواله ، ويكون ذلك عن طريق الالتجاء إلى الفسخ ، أو إلى الإبطال استناداً إلى بيع ملك الغير . ولكي يمكن إزالة التناقض بالنسبة لوضع المشتري هنا ينبغي أن نوضح الحكم في هاتين الحالتين . ولا شك أنه لا يمكن أعمال الحكم الأول الذي يقوم على أساس النظر إلى الإبقاء على العقد عن طريق تنفيذه بطريق التعويض وذلك بعد هذا الحكم إلى حالي الفسخ والإبطال بسبب بيع ملك الغير ، إذ العقد يزول بالضرورة في هاتين الحالتين ، ولا يمكن القول بتنفيذه عن طريق التعويض . ولهذا نستبعد هذا الفرض . فلا يمكن مد حكم المادة ٤٤٣ إلى حالات الفسخ بسبب عدم قيام البائع بتنفيذه التزامه بنقل الملكية ، أو الإبطال بسبب بيع ملك الغير . ولكن الفرض العكسي جائر ، بمعنى أنه يصح أن نمد حكم انقضاء العقد في حالي الفسخ أو الإبطال إلى حالة استحقاق المبيع للغير ، فن الجائر أن نقرر أن العقد يزول في حالة استحقاق المبيع ، كما يزول في حالة ثبوت أن البائع باع ملك غيره ، أو في حالة طلب الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية . وبهذا يمكن التوفيق بين قواعد الضمان والقواعد الأخرى المتعلقة بالفسخ أو الإبطال ، خاصة وأن الاستحقاق الكلي للمبيع يقوم أساساً على أن المبيع قد ظهر أنه غير مملوك للبائع ، سواء كان هذا ابتداء حال قيام العقد ، وهذه هي الصورة الغالبة (١) ، أم بفعل لاحق على البيع وناشئ من البائع ، كما إذا قام ببيع الشيء مرة أخرى قبل انتقال الملكية إلى المشتري الأول ،

(١) مما دعا الفقه إلى القول بأن الاستحقاق الكلي هو بيع ملك الغير ، وهو ما ذكرته المذكورة الإيضاحية بصدد المادة ٤٦٨ من القانون الحالي حين قالت : «وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق ، فإن الاستحقاق ، إذا كان كلياً ، كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لغيره . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير » (الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٩٤) .

أو إذا كان المبيع مرهوناً ولم يقم البائع بسداد الدين فنزعت ملكية المبيع بناء على طلب الدائنين المرتهنين .

وبهذا نجد أنه في حالة استحقاق المبيع يمكن أن تطبق الجزاءات الأخرى التي تقوم على أساس فكرة انتهاء العقد سواء بسبب الفسخ أم بسبب الإبطال . وبعبارة أخرى يمكن القول بتعميم الحكم المعمول به في حالة انتهاء العقد على هذا النحو ، ومده إلى حالة استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً . وبذلك يمكن التوفيق بين هذه الحالات ، ورفض ما قد يكون هنالك من تناقض فيما ترتبه الجزاءات المختلفة من نتائج ، وذلك عن طريق تغليب فكرة زوال العقد لا تنفيذه .

وقد أثار البعض من الفقهاء في فرنسا فكرة الصراع بين بقاء العقد وزواله بصدد الكلام عن ضمان الاستحقاق . ذلك أن العقد قد يبقى في حالة ما إذا تم تنفيذه بمقابل أو عن طريق التعويض (١) ، ولكنه من ناحية أخرى قد يزول بسبب الفسخ أو الإبطال ، إذا ما رغب المشتري في ذلك . هاتان الفكرتان المتعارضتان المتضاربتان هما اللتان تسيطران على موضوع ضمان الاستحقاق ، الذي نعرض له ، وهما اللتان يقع الخلط بينهما عند النظر في أساس الضمان (٢) . ويجوز هؤلاء الفقهاء فكرة زوال العقد ، ذلك أن ما يحصل من حيث الواقع هو أن العقد يمتحنى أو يزول ، ويرد المتعاقدان إلى وضعهما السابق ، إذ أننا نوجد أمام عاقلين لم ينفذ أحدهما التزامه في عند ملزم للجانبين . وطبقاً للقواعد العامة يكون للطرف الآخر

(١) وهو ما يأخذ به المشرع المصري في المادة ٤٤٣ مدني .

(٢) وقد أهابت المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد بشأن المادة ٤٤٣ من القانون المدني الحال من ذلك فقالت : «يخلط التقنين الحال ، كما تخلط كثير من التقنينات الأجنبية ، في هذه المسألة بين الآثار التي تترتب على فسخ البيع وتلك التي تترتب على التنفيذ بطريق التعويض . من ذلك أن المادتين ٣٧٨/٣٠٤ و ٣٨٠/٣٠٦ من التقنين الحال ترتبان أثر الفسخ ، ولكن المادتين ٣٧٩/٣٠٥ و ٣٨١/٣٠٧ ترتبان أثر التنفيذ . وكان الأولى عدم الخلط بين هذه الآثار وتلك ، على أن يختار المشتري لنفسه الطريق الأصلح » .

أن يطالب الفسخ نظراً لاستحقاق المبيع من الغر . وهذا يعني عدم تنفيذ العقد ، أى زواله . وليس من المنطقي أن عقداً من العقود التى تزول ينفذ فى الوقت ذاته ، حتى ولو كان ذلك التنفيذ عن طريق التعويض ، أو بمقابل « (١) . فمن الناحية الواقعية ينقضى البيع بأثر رجعى ، ولهذا فإن ما تم من أداءات تنفيذاً للعقد ، ينبغي أن يرد ، كما هو الشأن فى حالة ما إذا أبطل العقد أو فسخ (٢) .

٣٧ - اتفاق المحل السابق مع المحل السائد فى ظل القانون الفرنسى : قلنا فيما سبق أن الاتجاه السائد الآن فى ظل القانون الفرنسى لا يجعل رجوع المشتري على البائع فى حالة الاستحقاق الكلى على أساس قيام العقد ، ولكنه يجعله على أساس انقضائه . فالبائع الذى لا ينقل إلى المشتري ملكية المبيع يتخلف عن أداء التزامه ، مما يحول للمشتري طلب الفسخ . ولهذا فإن الرجوع يكون بدعوى استرداد ، لا على أساس التعويض .

وقد أخذ واضعو القانون الفرنسى فى هذا برأى الفقه القديم الذى قال به «بوتيه» و «ديمولان» ، اللذان يحولان للمشتري استرداد الثمن بدعوى المطالبة بما حصل عليه دون سبب . ذلك أن المشتري قد أوفى به تنفيذاً لبيع لم يؤد إلى انتقال الملكية إليه ، فهو لم يلتزم بدفعه، أو لم يدفعه إلا بقصد اكتساب ملكية المبيع . ولهذا إذا لم يحصل على هذه الملكية يكون قد دفع

(١) Gross : المرجع السابق بند ٣٣٩ ص ٣٢٣ . وقد جاء فيه ما نصه :

« ... il ne paraît pas logique qu'un contrat qui disparaît soit en même temps exécuté, même par équivalent ».

(٢) Mazeaud : دروس فى القانون المدنى ج ٣ ، المرجع السابق بند ٩٦٦ ص ٨٢١ .

ونص ما قاله :

« La vente, se trouve, en effet, retroactivement anéantie; les prestations faites en exécution du contrat doivent être restituées, comme dans le cas où le contrat est annulé ou résolu.

ويقول الأستاذ لوران : Laurent : المرجع السابق بند ٢٣٤ : ان القضاء الفرنسى يقرر ان لفنان أثر الفسخ ، وذلك باعادة الحال إلى ما كان ، كما لو أن البيع لم ينقذ . وانظر كذلك موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٤٦٤ .

ما لا يجب ، فله استرداد . ولما كان الاسترداد ليس على أساس التعويض ، بل على أساس رد ما دفع دون حق فإن له ن يسترد الثمن كاملاً ، حتى ولو كانت قيمة المبيع وقت الاستحقاق أقل من الثمن (١) .

٢٨ - اتفاق هذا الحل كذلك مع ما تأخذ به الشريعة الإسلامية : ويتفق الاتجاه الذى نقول به كأساس للرجوع فى حالة الاستحقاق الكلى للمبيع ، مع ما تقضى به الشريعة الإسلامية . إذ يؤخذ بما ورد فى هذا الصدد أن رجوع المشتري يكون على أساس انتهاء العقد ، لا على أساس تنفيذ بطريق التعويض . ويستند ذلك من اعطائه الحق فى استرداد الثمن فقط ، سواء زادت قيمة المبيع عن هذا الثمن أم نقصت .

فقد نصت المادة ٤٩١ من مرشد الحيران على أن «البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ، ولو لم يشترط الضمان فى العقد . وللمشتري أن يسترد الثمن بتمامه ، ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان (٢) .

(١) وهذا ما تصرح به المادة ١٦٣١ فرنسى ، أيا كان سبب هذا النقص . أنظر فى هذا : Baudry et Sagnat : المرجع السابق بند ٣٧٠ و ٣٧٣ : Aubry et Rau : بند ٣٥٥ هامش ٣٠ Laurent بند ٢٣٤ . ويضيف هذا الأخير أن القانون يتفق فى هذا الصدد مع العدالة ، إذ العدالة تقضى بالأى يرى أحد على حساب الغير . ولهذا فانه ما يتناقض مع العدالة أن يحتفظ البائع بالثمن أو بأى جزء منه دون سبب (أنظر ص ٢٣٤ من هذا المرجع والمراجع الواردة فى هامش ١ ومنها «بوتيه» فى البيع بند ٦٩ . وأنظر كذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٤٦٧ . وإذا كان المشتري أن يسترد الثمن كاملاً ، حتى ولو لم يكن له حق فى التعويض ، فلا يكون له أن يسترد أكثر مما دفع .

(٢) فقد نصت المادة ٥١٢ من مرشد الحيران على أنه «إذا استحق المبيع على المشتري بالثمن ، فله استرداد الثمن بتمامه من البائع ، ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كانه .

وجاء فى «جامع الفصولين (الجزء الأول ط ١ بالمطبعة الأزهرية سنة ٣٠٠) فى باب الاستحقاق ص ٢١٩ ما يأتى : «وشرى بيتا ذا سقفين وقبضة ، فخرّب السقف الأعلى ثم استحق الأسفل رجع بحصة الأسفل لا بحصة الأعلى وإن لم يذكر البناء فى الشراء لأن البناء وإن كان تبهماً لكن لما قبض صار مقصوداً وصار له حصة من الثمن . ولو استحق الأعلى والأسفل بعد التخریب فالاستحقاق بثلثيه قيمة المنفوس ورجع المشتري على بائنه بكل الثمن» .

ومن ناحية أخرى إذا زادت قيمة المبيع عن الثمن لا يكون له إلا الثمن فقط (١) .

وإذا ما استحق المبيع ، فإن البيع لا يفسخ ، ولا يكون للمشتري نقضه بمجرد الاستحقاق دون قضاء و دون رضا البائع (٢) . ولكي يفسخ البيع لأبد من رجوع المشتري على بائعه بثمنه . فإذا رجع يفسخ (٣) . ويبدو أنه يلزم أن يكون هذا الرجوع عن طريق القضاء . فالعقد وفي الاستحقاق الناقل لا يفسخ بالاستحقاق ، ما لم يقض القاضي بفسخه ، أو يقض للمشتري بالرجوع على بائعه بالثمن . وأما قبل ذلك فلا يفسخ ، بل يكون موقوفاً على إجازة المستحق .. (٤) .

هذا وقد اختلف فيما إذا كان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد على الإجازة لا نقضه . فقد جاء في هذا الصدد أن استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق ولا يوجب نقضه وفسخه في ظاهر الرواية .

(١) المادة ١٣٠ من مرشد الحيران ، وقد أشار إلى أن هذا قد جاء في «المبرية» من أوائل باب الاستحقاق ص ٢٢٣ .

(٢) الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨١ . جامع الفصولين ج ١ ص ٢٠٨ - ٢٠٩ . فقد جاء في هذا الصدد : «ولو استحق فأراد المشتري نقض البيع بلا قضاء ولا رضا البائع ، لا يملكه» . وجاء في الفتاوى (آخر ص ١٨٠) «الصحيح أن البياعات لا تنفسخ بالاستحقاق ما لم يرجع كل واحد على بائعه بقضاء» .

(٣) وهذا هو الصحيح على ما جاء في الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨٠ وفي جامع الفصولين ج ١ ص ٢٠٨ . فقد جاء عن البيع متى يفسخ : «قيل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس الحكم . والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بثمنه . فإذا رجع يفسخ ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قبض قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح» .

وجاء في جامع الفصولين (ج ١ ص ٢١٣ بالحاشية) «... أن الإحتقاق وان صح لا يوجب فسخ العقد بل هو باق ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قبضه قيل أن يرجع المشتري على بائعه يصح . وفي ظاهر الرواية لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح» . أنظر ما جاء في بقية الحاشية المشار إليها .

(٤) أنظر المادة ٩٨ من مرشد الحيران ، وأنظر كذلك المادة ٩٧ التي تميز بين الاستحقاق المبطل للملك والناقل له .

وعن أبي حنيفة أن الخصومة بطلب الحكم من القاضى دليل نقض العقد
فينتقض به العقد ، كما ينتقض بصريح النقض حتى لا تعمل فيه إجازة
المستحق بعد ذلك .

وعن أبي يوسف رواية أخرى أن المستحق إذا قال عند الخصومة أنا
أقيم البينة لأجيز العقد فحكم له لا ينتقض العقد وتعمل إجازته ، وإن لم
يقبل ذلك لا تعمل إجازته .

وفى ظاهر الرواية أنه ليس شيء من ذلك دليل النقض ، وإذا أجاز
المستحق البيع وعملت إجازته، كان الثمن للمستحق ولكن البائع يقبضه ويدفعه
للمستحق (١) ؛

نخلص مما سبق إلى أن الشريعة الإسلامية تجعل للمشتري الرجوع على
البائع بالثمن لا بقيمة المبيع ، ويكون له ذلك بصرف النظر عما قد يحدث في
المبيع من زيادة أو نقص . وفى هذه الحالة ينتقض العقد إما عن طريق
الراضى أو القاضى ، فلا يفسخ العقد من مجرد الاستحقاق . إذ قد يجزى
المستحق العقد .

**٣٩ - حكم علم المشتري بسبب الاستحقاق عند الرجوع على البائع فى
قفل الشريعة الإسلامية:** يؤخذ مما جاءت به الشريعة الإسلامية فى هذا
الصدد أن علم المشتري بكون المبيع ليس ملكاً للبائع لا يمنع من رجوعه
بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع (٢) . وقد ورد فى هذا الصدد أنه
إذا اشترى شيئاً من رجل يعلم أنه ليس ملكاً له بل لغيره ، فبعد ما استحق

(١) انظر فى هذا : جامع الفصولين ج ١ من أول الفصل السابع عشر ص ٢٢٦ . وانظر
كذلك التلخيص الوارد فى حاشية ص ٢٠٨ . ثم انظر فى أن بيع ملك الغير ينتقد موقوفاً :
عبد الرزاق حسن فرج : نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى (دراسة مقارنة) ، القاهرة
سنة ١٩٦٨ ص ١١٩ وما بعدها .

(٢) المادة ٤٩٤ من مرشد الحيران (نقلها فى الدر من أواخر الاستحقاق ص ٩٩) .

ذلك الغير ، وأخذ المشتري من يد المشتري ، يرجع المشتري على البائع . ولا يمنع علمه بالاستحقاق صحة رجوعه (١) .

هذا من ناحية أثر العلم بسبب الاستحقاق على الرجوع بالثمن . أما من ناحية المبالغ الأخرى التي قد تستحق للمشتري إلى جانب الثمن ، فيعلم أن نعلم بسبب الاستحقاق أثره بالنسبة لتلك المبالغ ، فلا تسوى الشريعة بين المشتري الذي يعلم بسبب الاستحقاق ، والمشتري الذي يجهل هذا السبب . أي لا تسوى بين حالة حسن أو سوء نية المشتري عند الرجوع بتلك المبالغ . فإذا كان يعلم سبب الاستحقاق لا يكون له حق في المبالغ الأخرى غير الثمن . إذ جاء في «الفتاوى الانقروية» : «اشترى داراً وهو يعلم أن البائع غاصبها ، باعها بلا إذن المالك ، وبني فيها ، ثم استحق بوجه شرعي ، لا يرجع بقيمة البناء على البائع لأنه مفتر لا مغرور (٢) .

ولو عرف المشتري أن الدار لغير البائع ، ولم يدع البائع الوكالة ، فبني ، فاستحققت لم يكن مغروراً . ولو لم يعلم أنه يبيع بأمره ، ولكن البائع قال إنه أمرني ببيعها ، فشرأها ، فبني ، ثم استحقها مالكة وأنكر الأمر بالبيع ، فالمشتري يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه لتحقق الغرور» (٣) .

(١) الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٧٧ من أول باب الاستحقاق بالحاشية رقم ٣ . وانظر أيضاً ما جاء في جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٠ . وقد جاء في هذا المرجع الأخير كذلك : «شراء علماً بأنه ليس لبائعه ، ثم استحق ، يرجع بثمنه . ولو برهن بائعه أن المشتري أقر بعد الشراء أنه لم يستحق لا يبطل حق رجوعه بثمنه» .

(٢) الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨٩ وقد أشار إلى البزازية في السادس عشر من الدعوى .

(٣) الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨٩ . جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٨ . وقد ورد في هذا الصدد ، في الموضوع المذكور من المرجعين السابقين ، مثل آخر : «لو اشترى أمة بن يقول أمرني مالكتها ببيعها ، فأولدها المشتري . ثم أنكر مالكتها الأمر بالبيع ، فالولد حر بقيمته ، ويرجع المشتري بالثمن والقيمة على بائعه» . ومن الواضح أن المشتري يرجع هنا بالثمن ثم بقيمة الولد . لأنه كان يجهل عند البيع أن المبيع (الأمة) كان مملوكاً لغير البائع . وذلك على خلاف حالة ما إذا اشترى أمة غصبت ، وهو يعلم أن بائعه غاصب ، فأولدها فولدها رقيق لعدم الغرور ولعلمه (جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٠) . ولكن هذا العلم لا يمنع من الرجوع بالثمن على البائع . ثم انظر أيضاً ما يكون للمشتري أن يرجع به في حالة أحداث زيارات في المبيع (الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨٨ في آخر الصفحة . جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٧) .

المبحث الرابع

الاخذ بالحلل السابق يقتضى تعديل النصوص القائمة

٤٠ - هدف التعديل واسمه : يتنا فيما سبق أن وضع النصوص القائمة ، الذى أثار الخلاف بين الفقهاء ، يؤدى إلى حلول متناقضة متعارضة فى الموضوع الواحد . ولا شك فى أن حسن السياسة التشريعية يقتضى العمل على ازالة مثل هذا التناقض . وقد رأينا أن الاتجاه الذى يهدف إلى عدم تنفيذ العقد عن طريق التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى ، ويأخذ بفكرة زوال العقد فى هذه الحالة ، يحقق التنسيق ويرفع التناقض الذى أشرنا إليه .

هذا الاتجاه يهدف إلى أمرين رئيسيين : أولهما أن العقد ينقضى إذا ما استحق المبيع استحقاقاً كلياً . وتفرعاً على هذا الاقتضاء يكون للمشتري أن يطالب البائع بالتأمين فقط . وذلك على أساس أن هذا الثمن يصير دون سبب بين يلى البائع ، فيكون للمشتري استرداده بدعوى دفع غير المستحق . وهذا هو ما يتجه اليه القانون الفرنسى والرأى السائد فى ظله ، سواء فى محيط الفقه أم القضاء ، كما تتجه اليه التشريعات الحديثة خاصة التشريعات العربية (١) ، هذا فضلاً عن أنه هو الحل الذى تأخذ به الشريعة الاسلامية كما بينا .

وثانيهما : أنه عندما يراد الرجوع على البائع بالمبالغ الأخرى ، أو التعويضات بصفة عامة ، غير الثمن ، ينبغى أن ينظر إلى حسن أو سوء نية المشتري وقت البيع ، ولا شك أن التنسيق بين أحكام الضمان فى هذا الصدد ، وبين أحكام بيع ملك الغير ، يقتضى أن يعمم الحكم الوارد فى إصدد بيع ملك الغير بالنسبة لاستنزاه حسن نية المشتري للرجوع بالتعويض ، عندما يحكم بإبطال البيع . وقد رأينا أن الشريعة الاسلامية قد عاجلت هذا الموضوع

(١) انظر المادة ٤٣٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، وانظر كذلك المادة ٥٥٤ مرقى .

وأدخلت علم المشتري بسبب الاستحقاق في الاعتبار عند رجوعه بالمبالغ الأخرى التي قد تستحق له خلاف الثمن (١) .

٢١ - **تعديد المبالغ التي يمكن الرجوع بها غير الثمن** : ومع ذلك فتناه بصدد تلك المبالغ الأخرى غير الثمن ، يثور الأمر حول مدى ما يكون للمشتري أن يرجع به إذا كان حسن النية ، يجهل عند البيع خطر الاستحقاق الذي يتعرض له . هل يشمل ذلك قيمة الثمار والمصروفات ، ثم ما قد يستحق من تعويض . أم يقتصر الأمر على هذا البند الأخير وهو التعويض ؟

سبق لنا التعرض لهذا الموضوع وبيننا ان الفقه الفرنسي لا يتفق حوله وخاصة بالنسبة لنتائج المادة ١٥٩٩ مدني المتعلقة ببيع ملك الغير . ويرجع ذلك إلى اختلافهم حول المعنى المقصود بكلمة تعويض (dommages-intérêts) ، خاصة وان المادة ١٥٩٩ لم تحدد مبلغ التعويض الذي يكون للمشتري أن يرجع به في حالة شراء ملك الغير ، كما لم تحدد كيفية احتسابه . ولهذا قيل عند أحكام الضمان في هذا الصدد إلى بيع ملك الغير باعتباره أنه الأمر لا يعلمو أن يكون ضماناً سابقاً لأوانه ، أي حتى ولو لم يحصل تعرض فعلاً ، طالما ثبت أن المبيع مملوك للغير (٢) .

(١) أنظر ما قمنا في الفقرة السابقة . وانظر ما جاء في جامع الفصولين (ج ١ ص ٢١٠) من أنه إذا اشترى من غاصب مع علمه بذلك ، ثم أنتج المبيع (المبيع جارية فولدت) ، يرجع بالثمن فقط . وذلك لأنه كان يعلم عند البيع بأنها ليست ملكاً للبائع . وانظر ما يقابل ذلك في الفتاوى الانقروية (ج ٢ ص ١٨٦) بالنسبة للمفروق وهو من اشترى أمه على أنها ملك البائع ثم ظهر أنها لغير البائع ، إذ يكون الولد حراً بالقيمة . أي يرجع بالثمن وبقيمة الولد في هذه الحالة الأخيرة - أنظر ما قمنا في الهامش قبل السابق .

ومن هذا فترين أن حسن نية المشتري يحمل له الحق - علاوة على الثمن - في المطالبة بتناجه . وقد أوردوا مثلاً آخر في هذا الصدد في حالة ما إذا باع رجل فرساً أو غيرها من الحيوانات فقال هو ملكي ، فولدت عنا المشتري ، ثم استحققت ، فالمستحق يأخذ المبيع مع أولاده . والمشتري يرجع على البائع بالثمن وقيمة الأولاد ، لأنه 'المفروق من حبه البائع فترجع المهد إليه' (الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨٧ . جامع الفصولين ١ ص ٢١٨) .

(٢) أنظر : Beudant : المرجع السابق بند ١٠٨ ص ٧٦ .

Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق ج ١٠ بند ٤٩ ص ٥٢ .

ولكن الفقهاء قد اختلفوا حول مدى اعمال تلك الأحكام في حالة بيع ملك الغير . ذلك أن المادة ١٦٣٠ مدني فرنسي تقرر أنه يكون للمشتري في حالة الاستحقاق الكلي أن يرجع : (١) بالثمن . (٢) بالثمن التي أجبر على ردها إلى المالك المستحق (٣) بالمصروفات ... المتعلقة بدعاوى الضمان ، (٤) ثم بالتعويضات ، ومصروفات العقد . وقد رأينا أن البعض منهم يقصر المقصود بالتعويضات ، التي لا يكون للمشتري سوى النية أن يرجع بها ، على البند الرابع فقط بحيث يستطيع المشتري ولو كان سوى النية أن يرجع بالثمن ، وفضلا عن ذلك يرجع بالثمن والمصروفات طبقاً لما جاء في البندين الثاني والثالث من هذه المادة (١) .

وقد كان لهذا الرأي صدهاء بالنسبة لبعض التشريعات الحديثة . من ذلك ما جاء في المادة ٤٣٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، إذ لم يستلزم هذا النص توافر حسن النية لدى المشتري الا بالنسبة لحالة المطالبة بالتعويض فقط ، دون المبالغ الأخرى . فقد بينت هذه المادة أن للمشتري أن يطالب : ١ - برد الثمن ، ٢ - بقيمة الثمن ، ٣ - بالمصاريف ، ٤ - ببطل العطل والضرر ، مع النظر بعين الاعتبار إلى قيمة تحمين المالك عند الاقتضاء ومصاريف العقد ورسومه القانونية . ثم أضاف البند الأخير من هذه المادة : «على أنه لا يحق للمشتري أن يطالب ببطل العطل والضرر ، إذا كان علماً وقت البيع بخاطر الاستحقاق» . وقد وردت هذه العبارة متعلقة بالفقرة السابقة عليها ، وهي التي تتكلم عن حق المشتري في المطالبة «ببطل العطل والضرر ..» ، فيقصي بأنه لا يحق للمشتري المطالبة به (بطل العطل والضرر) الا إذا كان حسن النية «وقت البيع» . ولا يفهم من ورود النص على هذا النحو أن حسن النية يجب أن يقوم في الحالات الأخرى الواودة

(١) وان كان يراعى قصر تطبيق المادة ١٦٣٠ فقرة ثانية المتعلقة بالثمن حاله ما إذا كان المشتري حسن النية عند العقد ثم ساءت نيته بعد ذلك . إذ طبقاً للقواعد المتعلقة باكتساب الثمن بحسن نية يجب حل المشتري أن ردها أو قبضتها من يوم أن ساءت نيته . فهذه هي الثمن التي ينقله نص المادة ٢/١٦٣٠ استردادها من البائع . أنظر في هذا Beudant المرجع السابق بند ٢١٢ خاصة ص ١٦٥ - ١٦٦ . وكذلك بند ٢١٥ ص ١٧٠ .

في الفقرات السابقة من المادة ، حتى يمكنه أن يرجع على البائع . وهذا بطبيعة الحال مع مراعاة ما يقضى به القانون بالنسبة للثأر بصفة خاصة (١) .

ومع ذلك فإن الاتجاه السائد في ظل القانون الفرنسي ، والذي تؤيده غالبية الفقهاء ، يرى أنه ليس للمشتري أن يسترد سوى الثمن فقط . أما المبالغ الأخرى التي نص عليها في الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة ١٦٣٠ مدني ، فإنها تدخل بصفة عامة تحت التضمينات أو التعويضات (*dommages-intérêts*) ، وأن ما جاء في الفقرتين الثانية والثالثة - وهو ما يتعلق بالثأر ، والمصروفات - ليس إلا تطبيقاً للفقرة الرابعة التي تتكلم عن التعويض . وبعبارة أخرى إن هذا الاتجاه السائد يفرق بين حق المشتري في استرداد الثمن ، وحقه في استرداد المبالغ الأخرى . ولكي يستحق تلك المبالغ الأخرى ، ينبغي أن يكون حسن النية وقت العقد ، أي بجهل سبب الاستحقاق الذي يتعرض له (٢) .

وفي اعتقادنا أنه لا ينبغي أن يسوى بين المشتري حسن النية والمشتري سوء النية . وأنه إذا كان المشتري سيء النية يعلم عند البيع بخطر الاستحقاق فإنه ينبغي أن يقتصر حقه على استرداد الثمن فقط ، ما لم يكن قد اشترط علم الضمان علاوة على ذلك طبقاً لما تقضى به المادة ٤٤٦ من القانون المدني الحالي . أما إذا كان حسن النية ، يجهل عند البيع سبب الاستحقاق ، فإن له الرجوع - علاوة على الثمن - بالتعويضات ، فيعوض عن كل ضرر

(١) انظر في هذا تفصيلاً أكثر : مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، بيروت ١٩٦٨

بند ١٨٣ وخامس ص ٣٨٨ والهامش و ص ٣٨٩ - وكذلك بند ١٨٤ .

(٢) انظر في هذا : Aubry et Rau : بند ٢٥٥ هامش ٣٢ Laurent بند ٢٤١ ص ٢٤٠

Baudry et Saignat : بند ٣٧٥ Josseland : بند ١١٢ ص ٥٨٢ Planiol-Ripert et Hamel

بند ١١٣ ص ١٢٣ . وانظر كذلك عمدة Colmar في ١٩٥٠/١٠/٢٠ .

(D. 1951. 69) . وقد جاء فيه أن المشتري سيء النية لا يكون له إلا الحصول على الثمن

الذي أداه فقط ، دون أية تعويضات أخرى ، ثم انظر كذلك بالنسبة لاستلزام حسن النية

الحصول على المبالغ الأخرى : نقض تجاري فرنسي في ١٩٥١/٢/٢٨ . Bull Cass. 1951. 2.64

حاق به من جراء عدم تنفيذ العقد . وفي هذا تنطبق القواعد العامة في تحديد التعويض الواجب له نظراً لعدم قيام الطرف الآخر بالتنفيذ .

وإذا كان المشتري الذي يعلم أن المبيع مملوك للغير يحرم من الرجوع بالتعويض ، فإن هذا الحكم يكشف - كما قيل - عن مبدأ قانوني عام ، يجب لذلك اعماله في كل الحالات المماثلة ، كما هو الشأن في حالة الاستحقاق الكلي . ومقتضى ذلك المبدأ العام أن كل متعاقد يعلم عند التعاقد حالة الأشياء لا يكون له أن يشكو بعد ذلك من ضرر تسبب له . وعلى ذلك إذا كان المشتري يعلم أن المبيع كان مهدداً بخاطر الاستحقاق ، ثم تحقق هذا الخطر وترتب على ذلك أن حاق به ضرر يتجاوز الثمن الذي دفعه والذي ينبغي أن يرده البائع ، كان عليه أن يتحمل بذلك ، إذ كان ينبغي أن يتوقع ذلك عندما أقدم على إبرام العقد . فهو لم يقع في غلط بسبب ناشئ من البائع ، كما أن هذا الضرر لم ينزله به البائع له كذلك . ولهذا قيل ان العلم بخاطر الاستحقاق يعادل شرط عدم الضمان . ولكنه هنا شرط ضمني ، بدلاً من يكون صريحاً (١) . ومن هذا تبين أن المشتري إذا كان عالماً بخاطر الاستحقاق لا يكون له سوى الثمن ، وما زاد على ذلك يدخل في نطاق ما يفقده بسبب سوء نيته .

ويبدو أن المشرع يؤيد هذا النظر في المادة ٤٤٦ . إذ تقتضي هذه المادة أن المشتري يقيد حقه - حتى في استرداد «قيمة المبيع» ، متى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، واتفق علاوة ، على ذلك ، على عدم الضمان . فهذا النص يكشف عن أنه بلون هذا الاتفاق على عدم الضمان ، يكون للمشتري سوء النية الذي يعلم سبب الاستحقاق ، أن يحصل على قيمة المبيع ،

(١) أنظر في هذا : Pothier : عقد البيع بند ١٨٧ . وقد أشار اليه Laurent : بند ٢٥٩ ص ٢٥٨ . وانظر كذلك رسالة Gross المرجع السابق بند ٣٤١ . ويراعى أن هذا الشرط الضمني بعدم الضمان لا يزول أثره إلا بشرط صريح بالضمان . فإذا كان المشتري يعلم خطر الاستحقاق ولكنه اشترط على البائع الضمان ، فانه يلزم أن يكون هذا الشرط بالضمان صريحاً .

أى أنه يحرم بذلك من التعويضات (١) . والواقع أنه إذا كان المشتري يعلم سبب الاستحقاق ، ثم اشترط علاوة على ذلك عدم الضمان ، فإن لهذا أثره وهو استبعاد الرجوع بالثمن . فإذا لم يوجد هذا الشرط ، فلا يكون للمشتري الذى يعلم سبب الاستحقاق الا الرجوع بالثمن فقط .

٤٢ - موقف محكمة النقض : وبالإضافة إلى ما سبق ، فإنه يجب الاعتداد فى هذا الصدد بما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية ، حتى فى ظل القانون المدنى الحالى ، من أنه إذا كان المشتري سىء النية يعلم عند البيع بخاطر الاستحقاق ، فلا يكون له الرجوع بالتعويضات .

فإذا كان حسن النية واشترى على أن المبيع مملوك للبائع ، ثم تبين بعد ذلك عدم ملكية هذا البائع للمبيع ، فإن هذا الأخير يكون ملزماً - فى حالة نزع ملكية هذا الشيء من المشتري - بالتعويضات ، وذلك علاوة على «ثمن» المبيع (قيمة فى ظل القانون الحالى) (٢) .

ويبدو أن المحكمة مستقرة على هذا ، حتى فى ظل القانون المدنى القائم ، ورغم انجاء غالبية الفقه إلى القول بأن للمشتري أن يرجع بالثمن والتعويضات ، فى جميع الحالات . سواء كان حسن النية أم سىء النية . فقد جاء فى حكم حديث لما أن الأصل أنه لا يجوز للمشتري عند حصول تعرض له فى

(١) أنظر ما قاله الأساتذة : Planiol-Ripert et Hamel (المراجع السابق - ١٠ بند ١١٣ ص ١٢٣) فى هذا الصدد . حيث جاء أن المادة ١٦٢٩ (المقابلة للمادة ٤٤٦ مصرى) تعطى لنا فى هذا الصدد حجة راتعة ، ذلك أنها تحرم المشتري من الحق فى المطالبة بالثمن متى كان هذا المشتري الذى يعلم سبب الاستحقاق ، قد قبل شرط علم الضمان فى عقد البيع . وحل هذا فاته حتى بدون هذا الشرط ، فإن المشتري يحرم من أية تعويضات ، وذلك من مجرد سوء نيته . انظر كذلك بند ١٢٤ من المؤلف نفسه ص ١٣٤ .

(٢) أنظر نقض فى ١٩ نوفمبر ١٩٣١ فى مجموعة النقض فى ٢٥ سنة تحت «بيع» قاعدة ٧٨ وفى المحاماة ص ١٢ رقم ١٥٩ ص ٢٩٦ . وكذلك حكمها فى ١٩٥١/٢/١ مجموعة النقض المذكورة قاعدة ٨٣ . وانظر كذلك حكمها فى ١٩٥٤/١/٢١ بالموضع ذاته قاعده ٨٨ (وان كان يبدو من وقائمه أنه كان مشروطاً بعدم الرجوع الا فى حدود الثمن) .

الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع ، أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق ، (١) .

٤٣ - **الأسس التي ينبغي أن يقوم عليها التعديل :** من كل ما سبق يتضح لنا أنه ينبغي التدخل لوضع نص يعالج الأمر في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع . وقد قلنا أن هذا النص ينبغي أن يقوم على أساس فكرة زوال العقد بصفة عامة . فلا يقوم على أساس بقاء العقد والتنفيذ بطريق التعويض كما هو الشأن بالنسبة لما يأخذ به القانون الحالي . وبذلك يكون للمشتري في حالة الاستحقاق الرجوع بثمن المبيع ، لا بقيمته عند الاستحقاق (٢) .

كما ينبغي أن يفرق في صدد هذا النص بين حسن وسوء نية المشتري ، أي بين علمه أو جهله وقت البيع بسبب الاستحقاق ، حتى ينسجم الحكم بذلك مع ما يقضى به المشرع في حالة بيع ملك الغير . وينبغي أن يبين في هذا الصدد أن المشتري لا يكون له الحق في التعويضات إلا إذا كان حسن النية وقت البيع ، يجهل سبب الاستحقاق . وبذلك ينصرف أثر حسن النية أو سوءها مباشرة إلى حالة استحقاق المبيع ، دون حاجة إلى محاولات لقياس حكم هذه الحالة على حالة بيع ملك الغير (٣) ، حتى تستقل بذلك أحكام الضمان، وحتى يقطع في هذا الصدد ما يثور من خلاف في محيط الفقه .

-
- (١) نقض مدني في ٧ يولية ١٩٦٤ مجموعة المكتب الفني من ١٥ قاطعة ١٤١ ص ٩٢٠ .
(٢) هذا مع مراعاة ما يقضى به القانون في حالة اشتراط عدم الضمان إذا كان المشتري يعلم سبب الإستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار طبقاً لما تقتضيه المادة ٤٤٦ من القانون الحالي .
(٣) وهو ما فعله المشرع اللبناني إذ نصت المادة ٤٣٣ موجبات حل ضرورة حسن النية لاستحقاق التعويض (بدل الطل والضرر) . وهذا النص يأخذ بنفس الحكم الذي ورد في حالة بيع ملك الغير ، حيث يستأنم المشرع في المادة ٣٨٥ أن يكون من اشترى ملك الغير حسن النية لكي يمكنه الرجوع بالتعويض (بدل الطل والضرر) على البائع .
(أنظر مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، بيروت ١٩٦٨ هامش ١ ص ٣٨٨) .

وإذا قيل بتطبيق فكرة حسن النية على النحو السابق ، لكي يتمشى النص مع حكم بيع ملك الغير ، فإنا بهذا نحقق التجانس بين صدر النص الذي يمكن وضعه ، وبين هذا الحكم ، إذ أن صدر النص كما قلنا ينبغي أن يقوم على أساس فكرة زوال العقد ، وهو ما يتحقق كذلك في حالة بيع ملك الغير ، إذ يبطل العقد ، ويتقضى .

وبهذا نتجنب ما وقع فيه واضعوا مشروع القانون المدني ، الذي قامت بأعدادها اللجنة المشكلة لمراجعة التشريعات المدنية (١) ، من تعارض في هذا الصدد . فقد اقترحت هذه اللجنة (٢) تعديل المادة ٤٤٣ من القانون الحالي بنص يجرى على النحو التالي :

«إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع «قيمة المبيع» وقت الاستحقاق مع التوائد القانونية من ذلك الوقت . وللمشتري ، إذا كان حسن النية ، أن يطلب بالإضافة إلى ذلك :

(١) قيمة الثمار التي ألزم بردها إلى المستحق .

(ب) المصروفات النافعة التي لا يستطيع أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية .

(ج) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى وفقاً للمادة ٤٤٠ .

(د) وبوجه خاص تعويضه عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع» .

(٢) وقد شكلت هذه اللجنة بقرار نائب رئيس الجمهورية للخدمات صادر في سنة ١٩٦٢ .
(٣) أنظر محضر الاجتماع الثاني للجنة الثانية في ١٩٦٢/٤/٣ حيث ورد النص المقترح ومذكرته الإيضاحية . ثم أنظر مناقشة هذا النص في اللجنة العامة بمحضر الجلسة الخامسة بعد المائة في ١٩٦٥/٦/١٢ في صفحة ٦ وما بعدها .

ويلاحظ مبدئياً على هذا النص أنه إذا كان ينحول للمشتري الرجوع «بقيمة المبيع» ، فإنه يأخذ بما هو منصوص عليه في القانون الحالي ، ويقوم على أن رجوع المشتري يكون على أساس قيام العقد ، أى على أساس التنفيذ بطريق التعويض . ومن جهة أخرى فإن اعتداده بحسن النية للرجوع بالتعويضات التي نص عليها يتفق بصفة عامة مع فكرة أثر حسن النية على الرجوع بالتعويض في حالة بيع ملك الغير . مع مراعاة أن بيع ملك الغير يقوم على أساس فكرة زوال العقد عن طريق البطلان . ولهذا كان النص المقترح محلاً للتقد (١) .

٤٤ - خلاصة :

انتهينا فيما سبق من دراستنا لموضوع أثر حسن نية المشتري في رجوعه بالضمان . وقد تبين لنا ما يشهده من خلافات ومشاكل لها صدها في مجال الفقه والقضاء ، خاصة وأن محكمة النقض لازال لها موقفها في هذا الصدد ، مبتعدة بذلك عما تتجه اليه الغالبية بين الفقهاء في الوقت الحاضر ، بل وعما يقضى به المشرع بالنسبة لأحكام الضمان . لهذا كان هدفنا في هذا الباب محاولة إنارة السبيل والقاء بعض الأنواء على ما يثار بصدد الموضوع من مسائل ومشاكل ، عليها تبدد ما يحيط به من ظلمات ، وتزيل ما يقف في سبيله من عقبات ، وتلفت النظر إلى ضرورة مراجعة ما كان سبباً في كل تلك الخلافات في محيط الفقه والقضاء .

ولقد اقتضى ذلك أن نعرض لأثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان من نواح ثلاثة : من ناحية ضمان العيوب ، ومن ناحية ضمان الاعباء أو التكاليف التي توجد على المبيع ، ومن ناحية ضمان الاستحقاق . وقد حاولنا

(١) أنظر محضر اللجنة المشار اليه في الهامش السابق ، وإن كان يراعى أن الإصرار الذي قلناه الدكتور جلال العلوي في هذا الصدد ينصب على مسألة استلزام حسن النية للحصول على التعويض ، لاختلاف طبيعة دعوى الإبطال بسبب بيع ملك الغير عن طبيعة دعوى الضمان التي تعرض لها المادة ٤٤٣ . أنظر كذلك : أنور سلمان وجلال العلوي : عقد البيع ط ١٩٦٦ ص ٣٢١ بالهامش .

فى كل من تلك الحالات أن نحدد المقصود بحسن أو سوء النية فى هذا الصدد ، ونبين أثر ذلك فى كل حالة منها على رجوع المشتري بالضمان . ولم نحاول فى هذا الخصوص أن نفهم أنفسنا فى دراسة خاصة لفكرة حسن النية ، فقد تبين لنا أن ذلك يخرج عن نطاق بحثنا (١) ، واكتفينا فى هذا الصدد بالأخذ بمعيار يختلف فى التطبيق بين حالة ضمان العيوب من ناحية ، وبين ضمان الأعياء أو التكاليف ، وضمان الاستحقاق من ناحية أخرى . ذلك أنه إذا كان الرأى لم يقف فى حالة ضمان العيوب لدى مجرد العلم بالعيوب بل ينصرف كذلك إلى امكان هذا العلم ، فان الأمر بالنسبة لضمان الأعياء أو التكاليف ، وضمان الاستحقاق لازال غير مستقر من حيث مسألة امكان العلم ، وان كان يعتد بمعيار العلم الحقيقى ، مع مراعاة الخلاف القائم حول العلم المستمد من التسجيل . وقد رأينا أنه ينبغى الأخذ بالعلم المستمد من القيد فى السجل العقارى فى ظل نظام هذا السجل ، وعند تطبيقه ، حتى لا نجرده عن ميزة من أهم مزاياه .

ولذا كنا قد حاولنا خلال دراستنا أن نعرض لما تثيره فكرة حسن النية فى هذا المجال ، فان هذه الدراسة قد استلزمت أن نعرض لبعض الثغرات القائمة فى النصوص التشريعية ، والتي تثير خلافات بين وجهات النظر ، ويؤدى الأخذ بوجه من هذه الوجهات أو بوجه آخر نتائج متباينة .

ولهذا حاولنا أن نبرز بعض نواحي هذا الموضوع ، وخاصة من ناحية التسوية بين حقوق الارتفاق وبين الأعياء أو التكاليف فى الحكم من حيث أثر العلم بها . ذلك أن القانون الخالى لا يسوى بين التكاليف وبين حقوق

(١) يمكن الرجوع بصفة خاصة إلى ما ظهر من دراسات فى هذا الصدد :

J. Jaubert : Des effets civils de la bonne foi, Pairs 1899
A. Volansky : Essai d'une définition expressive du droit basé sur l'idée de bonne foi, Paris 1939. Gorphe : Le principe de la bonne foi, thèse Paris 1928. Voin : La bonne foi, Notion et rôle actuels en droit privé français, thèse, Bordeaux 1939. M. Gamal Eddine Zaki : La bonne, foi dans l'acquisition des droits en droit privé klude comparée, thèse . Paris — imp. au Caire 1955.

الارتفاق ، من هذه الوجهة ، رغم أن حقوق الارتفاق ما هي الا تكاليف تقع على الأعيان . فالعلم بها ، كالعلم بالتكاليف ، يجب أن يتساوى من حيث الاعتماد بما يترتب على هذا العلم من آثار . ولقد دعا هذا بعض التشريعات الأخرى إلى النص على العلم بالتكاليف التي توجد على المبيع . وإذا كانت لجنة مراجعة القانون المدني القائم قد أدخلت هذا في الاعتبار عندما عدلت نص المادة ٢/٤٤٥ من القانون المدني الحالي وصاغتها بحيث لم تعد قاصرة على حقوق الارتفاق وحدها ، بل أصبحت تنصرف إلى الحقوق الأخرى التي توجد على المبيع وتنقص من الانتفاع به ، فإن هذا النص لا شك يسوى بين حقوق الارتفاق والتكاليف من حيث أثر علم المشتري بها على رجوعه بالضمان . فقد ورد النص المقترح على النحو التالي :

«ولا يضمن البائع حقاً ينتقص من انتفاع المشتري بالمبيع ، إذا كان قد أبان عنه للمشتري ، أو كان هذا الحق ارتفاقاً ظاهراً ، أو ارتفاقاً قانونياً» (١) .

وإذا كان واضحاً أن النص المقترح يقصر علم المشتري الذي يمنعه من الرجوع بالضمان على حالة ما إذا كان البائع قد أبان عنه للمشتري ، فإنه يستبعد بذلك علم المشتري فعلاً عن غير طريق البائع ، مع أن هذا ينبغي أن يؤدي إلى نفس النتيجة ، فعلم المشتري من أى سبيل ينبغي أن يكون له أثره في رجوعه بالضمان استناداً إلى هذا الحق ، الذي ينتقص من الانتفاع بالمبيع .

لهذا فإنا نرى أن تعاد صياغة المادة ٢/٤٤٥ بحيث ينص فيها على أنه لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، أو ارتفاقاً قانونياً يعتبر من القيود العامة التي ترد على الملكية ، أو كان المشتري عالماً به . ومن شأن هذه العبارة الأخيرة أن تقطع الخلاف حول هذا الموضوع والذي يثار دائماً حول مصدر علم المشتري ، وهل يكفي أن يعلم من أى سبيل أم يلزم أن يكون العلم عن طريق البائع وذلك بقيامه بإعلام المشتري بوجود الحق . كما أن التنسيق بين هذا النص في وضعه

(١) أنظر فيما سبق بند ١٠

المجديد وبين المادة ٤٤٤، ١/ يقتضى أن يعدل هذا الأخير فينص على أنه إذا ما استحق بعض المبيع أو وجد مثقلاً بتكليف لا علم للمشتري به .

وفضلاً عن ذلك فقد اتضح لنا خلال دراستنا لفهمان الاستحقاق ، ولأثر حسن النية في هذا الحال أن هذا الموضوع لا زال يثير الكثير من المشاكل والمسائل والتي تتركز حول أساس رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع . وقد رأينا أن تنوع الأسس التي يكون للمشتري أن يرجع بمقتضاها من شأنه أن يعطى حلولاً متعارضة متضاربة في المسألة الواحدة ، مما يدعو إلى ضرورة إعادة النظر حول العمل على التنسيق بين تلك الأسس منعاً لكل ما يقع من خلاف في هذا الصدد .

ولهذا كان لابد من إعادة النظر كذلك في تلك الأسس والتنسيق بينها . وقد رأينا أن يقوم الرجوع على أساس واحد هو أن العقد في حالة الاستحقاق لا يبقى قائماً ، وبذلك يكون للمشتري أن يسترد «التمن» لا «قيمة المبيع» مهما تغيرت هذه القيمة .

كما رأينا أنه لا ينبغي أن يسوى في هذا الصدد بين المشتري حسن النية ، الذي يجهل ، وقت البيع ، سبب الاستحقاق ، وبين المشتري الذي يعلم بذلك . إذ يكون للمشتري في الحالة الأولى أن يرجع فضلاً عن التمن بالمبالغ الأخرى ، والتي تدور كلها حول فكره تعويض المشتري عما سببه له عدم تنفيذ العقد من أضرار .

وبذلك ينصرف التعديل في المادة ٤٤٣ من نص القانون المدني القائم إلى مسألتين رئيسيتين : أولاهما تنصرف إلى أساس رجوعه على البائع ، حتى يتحقق التناقص بين هذا الأساس وبين الأسس التي يمكن للمشتري أن يرجع بمقتضاها طبقاً للقواعد العامة في حالتي القسح والإبطال بسبب بيع ملك الغير . وأما الثانية فإنها تتعلق باستلزام حسن النية لامكان الرجوع بالمبالغ الأخرى التي تدخل تحت نطاق التعويض بصفة عامة . وهذا نأمل أن يوضع حد لما يثار من خلافات حول هذا الموضوع . ونأمل في الوقت ذاته أن نكون قد أسهمنا في لقاء الضوء على بعض نواحيه .

تم بحون الله تعالى طبع هذه النجيلة و بالهيئة العامة
للكتاب والأجهزة العلمية و مطبعة جامعة الاسكندرية و
في يوم الأربعاء ٢٦ مايو ١٩٧١

محمد يوسف البسامي
مدير المطبعة

محمد كامل صريخ
رئيس مجلس الإدارة

Sur le plan substantiel, l'article 59 a essayé de concilier les deux approches dites : "subjective" et "objective" en prétendant avoir édifié une nouvelle règle objective de droit. Toutefois, l'oeuvre novatrice de la Commission nous semble plus apparente que réelle. Les aspects subjectifs sont de loin les plus importants dans l'article 59.

En exigeant que les circonstances qui justifient le recours à la règle doivent "constituer une base essentielle du consentement des parties" et en précisant que ces circonstances doivent être "imprévisibles" par les parties, l'article 59 aboutit à ce que M. Lissitzyn appelle "a piling up of subjectivities rather than their diminution", (1) Le Commission a ainsi sacrifié son prétendu objectivisme initial en laissant la règle *rebus sic stantibus* au même point où elle se trouvait à la fin du siècle dernier quand Blunteschli écrit dans l'article 456 de son projet de codification : "Lorsque l'ordre de faits qui avaient été la base expresse ou tacite du traité se modifie tellement avec le temps, que le sens du traité s'est perdu ou que son exécution est devenu contraire à la nature des choses, l'obligation de respecter le traité doit cesser." (2)

1. cf. O. J. Lissitzyn, "Treaties and changed circumstances — *Rebus sic stantibus*", *American Journal of International Law*, 1967, p. 915.

2. Texte reproduit par le groupe de recherche de *Harvard Law School*, *Preliminary Draft Conventions*, 1935, Appendix 3, p. 1194.

rence de Vienne qu'elle a été introduite dans le texte de l'article 59 par un vote favorable aux amendements proposés dans ce sens par le Canada et la Finlande.(1)

Quant à la procédure d'extinction, l'article 59 est soumis à la procédure établie par l'article 62 qui exige :

- a) une notification aux autres parties indiquant la mesure envisagée à l'égard du traité et les motifs à l'appui,
- b) un délai raisonnable fixé aux autres parties pour donner leur réponse,
- c) si une objection a été soulevée, les parties sont tenues de rechercher une solution par les moyens indiqués à l'article 33 de la Charte des Nations Unies.(2)

Il est certain que cet aspect procédural reste insuffisant pour réaliser la protection de la communauté internationale contre le risque d'un recours abusif à la règle *rebus sic stantibus*. L'absence d'un règlement judiciaire obligatoire exercé par la Cour Internationale de Justice, susciterait toujours une grande méfiance dans l'état actuel des relations internationales.(3)

1. L'amendement canadien (A/Conf. 39/C. 1/L. 320, 7 May 1968), et l'amendement finlandais (A/Conf. 39/C. 1/L. 333, 9 May 1968) introduisent la "suspension" en tant qu'une conséquence juridique éventuelle du changement fondamental des circonstances. Les deux amendements furent adoptés par 31 voix contre 26 et 28 abstentions (*Provisional Summary Record of the 11th Meeting*, 11 May 1968, *op. cit.*, p. 13).

2. En commentant l'article 62 intitulé "procédure à suivre en cas de nullité d'un traité ou pour y mettre fin, à en retirer ou en suspendre l'application", nombreux membres de la Commission l'ont considéré comme un "article clé", et certains parmi ses membres ont estimé "qu'il importait de recommander que l'application soit soumise au règlement judiciaire obligatoire de la Cour Internationale de Justice au cas où les parties ne se mettraient pas d'accord sur un autre mode de règlement" (*Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa 18e session*, 4 mai — 19 juillet 1966, p. 95).

3. Dans leurs observations, un certain nombre de gouvernements ont exprimé l'avis que les garanties de procédure prévues par l'article 62 n'allaient pas assez loin, et qu'il conviendrait de prévoir expressément les mesures à prendre, notamment le recours à un règlement judiciaire indépendant, dans le cas où les parties ne pourraient pas parvenir à un accord (*Voir : Compilation analytique des commentaires et observations présentés en 1966 et 1967 au sujet du texte définitif du projet*, vol. II, A/Conf. 39/5, 10 février 1968, p. 367 *ss.*) Plusieurs délégations ont manifesté, pendant la Conférence de Vienne, une attitude nuancée à l'égard de l'article 59 en précisant que leurs gouvernements décideront de voter pour ou contre cet article en fonction de la forme définitive de l'article 62 et les garanties procédurales et juridictionnelles qu'il contiendrait (*Voir : U.N. Conference in the Law of Treaties. Committee of the Whole, Provisional Summary Record, 63rd and 65th Meetings, 11—19 May (1968)*).

unilatérale. (1) La doctrine moderne évite cette confusion en précisant que le changement fondamental des circonstances ne doit pas être envisagé comme un fait-condition déclenchant automatiquement l'extinction du traité. (2) De même, la doctrine n'accorde pas à l'une des parties le droit de dénoncer unilatéralement le traité. Pour la plupart des auteurs modernes, les effets de notre règle se résument donc en deux points : le a) le traité doit cesser de produire ses effets obligatoires, c'est-à-dire, il doit être suspendu comme dans le cas de guerre, b) le changement fondamental des circonstances déclenche une procédure d'extinction qui doit aboutir soit à la conclusion d'un nouvel accord, soit à une décision émanant d'une juridiction ou d'un autre organe international. (3).

L'idée de la suspension ne figurait pas dans le projet de la Commission malgré son importance capitale. (4) C'est seulement à la Confé-

1. cf. Leca, *op-cit.*, p. 248 où il attire l'attention sur la distinction entre la règle elle-même en tant que cause juridique et son mode d'action pour en conclure : "Seule une confusion entre la caducité et la dénonciabilité des traités a pu motiver l'interprétation de Kelsen."

2. M. Kiss a exprimé cette opinion dominante en précisant : "le changement des circonstances peut entraîner la caducité d'un traité le traité reste en vigueur tant qu'un acte faisant droit entre les États intéressés — nouvel accord ou sentence d'un Juge international — n'est pas intervenu pour constater cette caducité (*Annuaire français de Droit International*, 1959, p. 798).

3. L'oeuvre créatrice de Fitzmaurice réside précisément dans le fait qu'il considère le changement de circonstances comme un événement générateur d'une obligation de parvenir à un nouvel accord. En cas d'échec de toute tentative d'accord, il a essayé de substituer au droit de dénonciation unilatérale le droit de suspendre l'exécution du traité en vue de "juridictionnaliser" l'application du principe *rebus sic stantibus* (cf. *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1957, vol. II, Op. 75 *ss.*).

4. Le texte proposé par la Commission disposait : "Un changement fondamental de circonstances... ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en tirer, a) à moins que..." Pour défendre la position de la Commission le Rapporteur spécial, Sir Waldock, s'est exprimé devant la Conférence de Vienne dans les termes suivants ; „The Commission's view had been that article 59, which dealt with fundamental changes of circumstances, might conflict with the idea of mere suspension... In the case of fundamental change, however, the real relevance was to a situation where one party wished to terminate a treaty and the other resisted. In such a case, the notice of suspension was not really practicable. Even more important, however, was the feeling that, if the possibility of suspension were added, that might weaken the strict philosophy of the whole article. To allow suspension might give the impression that the change of circumstances might not be quite fundamental. That reasoning had induced the commission not to include a provision for suspensions" (United Nations Conference on the Law of Treaties, *Committee of the Whole, Provisional Summary Record of the 36th Meeting*, 11 may 1968, A/Conf. 39/C.1/SR. 63—VI. 68. 3013, p. 11).

des autres causes d'extinction. Ceux qui confondent le *rebus sic stantibus* avec "le force majeure" ou la "desuétude coutumière" prétendent que son effet juridique doit être la caducité de plein droit;(1) tandis que ceux qui mettent l'accent sur les cas des "traités inégaux" envisagent comme sanction la nullité, étant donné que l'élaboration d'une nouvelle règle de *jus cogens* frappe de nullité les traités antérieurs qui sont considérés comme non-conformes à cette règle(2).

Quant à ceux qui rapprochent le "changement fondamental de circonstances" de la "non-exécution du traité" par l'autre partie, ils préconisent la possibilité d'une dénonciation unilatérale pour mettre fin à l'existence du traité(3). C'est précisément cette dernière opinion qui avait provoqué l'hostilité à l'égard de la règle *rebus sic stantibus*. Elle fut condamnée par la Déclaration de Londres du 17 janvier 1871 selon laquelle : "Les puissances reconnaissent que c'est un principe essentiel du droit des gens qu'aucune puissance ne peut se délier des engagements d'un traité, ni en modifier les stipulations, qu'à la suite de assentiment des parties contractantes, au moyen d'une entente amicale(4)

D'après Kelsen, cette Déclaration est un rejet "clair et net" de la règle *rebus sic stantibus*(5). Il nous semble, cependant, que le grand maître confond la règle elle-même avec la procédure de dénonciation

1. Voir : Bayon y Chacon, *op-cit.*, p. 44 ss., Wigniolle, *op-cit.*, p. 117 ss.; et Goellner, *op-cit.*, p. 55 ss.

2. La survenance d'une nouvelle règle de *jus cogens* est considérée comme un cas d'extinction du traité. L'application de la règle ôte au traité sa validité, mais elle ne rend pas le traité nul. Autrement dit, le traité ne devient pas nul *ab initio* ; la nouvelle règle du *jus cogens* interdit que l'accord continue d'exister et d'être appliqué (Commentaire de l'article 61, *Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa 18ème session*, 4 mai — 19 Juillet 1966, p. 94).

3. Le droit de dénonciation unilatérale en cas d'une violation substantielle est expressément reconnu par l'article 57 du Projet. Toutefois, les membres de la Commission ont été d'accord pour penser que la violation d'un traité, si grave soit-elle, ne met pas fin au traité *ipso facto*, et certains membres ont été d'avis qu'il y aurait danger à ce que la Commission consacra le droit de dénonciation unilatérale, à moins que son exercice ne soit soumis à un contrôle par le recours obligatoire à la Cour internationale de Justice (Commentaire de l'article 57, *Rapport...*, *op-cit.*, p. 87).

4. Annexe au Protocole No. 1 de la Conférence de Londres, *British and Foreign State Papers*, 1870—1871. Vol. LXI, pp. 1198—1199.

5. Cf. H. Kelsen, "Théorie du droit international public", *Recueil des Cours de La Haye*, t. 89, 1953, p. 163 ss.; *idem*, *Principles of International Law*, London, 1959, p. 358 ss.

4. Dans la question de la protection des minorités sous les engagements conclus à l'époque de la Société des Nations, il aurait été plus conforme à la réalité juridique de considérer que les traités en question sont tombés en désuétude au lieu d'invoquer la *rebus sic stantibus*, comme l'a fait le Secrétaire Général des Nations Unies.(1)

5. Dans tous les cas de dénonciations soviétiques des traités tsaristes, de dénonciations chinoises, turques et iraciennes concernant les traités de capitulations, de la dénonciation égyptienne du traité anglo-égyptien, il nous semble impossible de placer exclusivement le problème sur le plan de la règle *rebus sic stantibus*. Il est vrai que, dans tous ces cas, il y eût des changements d'ordre moral, c'est-à-dire des modifications psychologiques dans l'attitude des Etats à l'égard des traités considérés comme des "traités inégaux". Mais, dans ces cas, il s'agissait essentiellement d'un recours soit à la notion d'un "état de nécessité"(2), soit à de nouvelles règles générales de *Jus cogens* qui libèrent l'Etat de ses obligations conventionnelles antérieures lorsque celles-ci entravent l'exercice par l'Etat de ses compétences essentielles en tant que sujet souverain de droit international(3). En somme, les divergences qui existent entre les auteurs sur les effets de la règle *rebus sic stantibus* sont dues en grande partie à la confusion entre ce qui est propre au "changement fondamental de circonstances" et ce qui relève

1. cf. N. Feinberg, "The legal validity of the undertakings concerning minorities and the clause *rebus sic stantibus*", *Studies in Law Scripts Hierosolymitana*, Vol. 5, Jerusalem, 1958, p. 124, II.

2. L'état de nécessité est, selon la doctrine moderne, "une règle de droit international qui permet à un Etat de suspendre l'exécution de ses obligations conventionnelles si celles-ci entravent directement, sans que le traité l'ait prévu expressément l'exercice par l'Etat de ses compétences essentielles qui conditionnent, d'après le droit coutumier actuel, son existence en tant que sujet de droit international", (J. Leca, *op. cit.*, p. 287).

3. L'article 61 du projet, le traité doit s'effacer ou s'adapter devant l'apparition d'une nouvelle règle positive de droit coutumier ayant un caractère de *jus cogens*. Il s'agit de traités inégaux qui violent les principes de la souveraineté étatique. cf. R. Buell, "The termination of unequal treaties," *Proceedings of the American Society of International Law*, 1927, p. 93 ss.; A. Putney, "The termination of unequal treaties", *Proceedings*... 1927 p. 87 ss. Tsang Y-Ha *Termination of unequal treaties in International Law*, Shanghai, 1931; A. N. Talayev V. G. Boyarshinov, "Unequal treaties as a mode of prolonging the colonial dependence of the new states of Asia and Africa", *Soviet Year Book of International Law*, 1961, p. 156 ss., S. Koylov, "La valeur pour l'URSS des traités internationaux conclus avant 1917", *Mélanges Gidel*, 1961, p. 401 ss.; et I. Dettner, "The problem of unequal treaties", *International and Comparative Law Quarterly*, 1966, p. 1069 ss.

L'un des plus grands mérites du projet de la Commission est, sans doute, le fait d'avoir insisté sur le caractère "exceptionnel" et "subsidaire" de la règle *rebus sic stantibus*. En effet, le projet a adopté en la matière la forme négative utilisée dans la rédaction de l'article 59 qui dispose : "Un changement fondamental des circonstances... ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que..."(1)

Par conséquent, on ne doit recourir à l'article 59 qu'en dernier ressort et en l'absence de toute autre cause d'extinction.

Plusieurs remarques s'imposent à cet égard :

1. Dans le cas du traité russo-allemand de Brest-Litovek, il ne s'agit pas d'une simple application de la règle *rebus*, mais plutôt d'une abrogation tacite résultant de l'acquiescement donné par l'Allemagne à la dénonciation soviétique (2).

2. Dans le cas de la dénonciation en 1906 du traité de commerce de 1840 entre l'Angleterre et la Bolivie, la perte des ports boliviens sur la mer, constituait non seulement un changement des circonstances mais en plus une impossibilité d'exécution (3).

3. Dans l'affaire de la Mer Noire, la note russe du 31 octobre 1870 est explicite dans le sens d'une dénonciation motivée par les "dérégations à des engagements auxquels (la Russie) n'a cessé d'être scrupuleusement fidèle", c'est-à-dire qu'il s'agissait de la non-exécution des obligations conventionnelles par les autres parties plutôt que d'un changement de circonstances. (4)

= *Theorie juridique de la révision des traités*. Paris, 1938, p. 58 ss., A. Goellner, "*Procedura, caducité et desuetude en droit international public*", Paris, 1939, p. 51 ss. Ch. Rousseau, *Principes généraux de droit international public*, Paris, 1966, p. 589 ss. et Leca, thèse *op-cit.*, p. 314 ss.

1. Un amendement présenté par Vénézuëla pendant la Conférence de Vienne tendait à établir la règle *rebus sic stantibus* sous une forme affirmative; mais l'amendement proposé fut retiré devant l'hostilité manifestée à son égard par la plupart des délégués (cf. United Nations Conference on the Law of Treaties, Committee of the Whole, Summary Record of the 65th Meeting, A/Conf. 39/C. 1/SR. 65, 11 May 1968, p.13).

2. Cf. J. Dehaussy, *Juris-Classeur de Droit International*, Fasc. 12 — D.

3. Cf. Leca, thèse, *op-cit.*, p. 240 ss.

4. *Ibid.*, p. 242 ss.

majorité des Etats à une conception élargie de la règle *r.s.s.*, dont la seule exception réelle — exception non citée par l'article 59; — concerne les traités donnant naissance à une organisation internationale fonctionnant sur la base d'un statut qui régit toutes les questions relatives à sa revision, son adaptation ou le retrait d'un Etat-membre.

Quant à l'exception expressément prévue par le texte en ce qui concerne les traités "établissant des frontières", elle réaffirme une position qui découle du jeu normal de la règle *r.s.s.*

DEUXIÈME CHAPITRE

LES EFFETS DE L'ARTICLE 59

La plupart des controverses suscitées dans le domaine du "changement fondamental des circonstances" est la conséquence de la confusion qui existe à l'égard de la place que cette notion occupe parmi les différentes causes d'extinction des traités.(1)

Dans plusieurs cas, la règle *rebus sic stantibus* est invoquée à la place d'autres mesures plus appropriées; ce qui a provoqué un certain scepticisme quant à sa valeur réelle.(2)

D'autre part, il semble difficile de préciser d'une façon claire si elle entraîne la nullité, la caducité, la dénonciation par une volonté unilatérale ou tout simplement la suspension des obligations conventionnelles.3

1. Les causes d'extinction peuvent être, en premier lieu, "volontaires", c'est-à-dire prévues d'un commun accord par les parties elles-mêmes, ou "légales" dans le sens de causes non prévues par les parties, mais par les règles de droit international général coutumier. D'autre part, certaines causes entraînent une extinction "automatique" par expiration ou caducité, tandis que les autres sont considérées comme des modes d'extinction "spéciaux" qui exigent un acte juridique émanant d'une seule des parties (notification ou dénonciation), soit de deux parties ou de toutes les parties agissant d'un commun accord (cf. J. Dehaussy, *Juris-Classeur de Droit International, op-cit.*, Fasc. 12 — D).

2. Cf. J. Leca, thèse, *op-cit.*, p. 21 ss.

3. Logiquement, les tenants de la thèse d'une "clause tacite" devaient admettre la caducité de plein droit, étant donné que la condition résolutoire implicite fait tomber le traité sans qu'il soit besoin de recourir à une dénonciation. Mais, la plupart des auteurs refusent la conception d'une extinction automatique en préférant la dénonciabilité. Certains autres envisagent une simple suspension des obligations conventionnelles en attendant un règlement juridictionnel si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord — Voir en particulier : Bayon y Chacon, "De la révision des traités devenus inapplicables...", *Revue de Droit International*, 1934, p. 44 ss.; A. Wigniolle, *La Société des Nations et la révision des traités*, Paris, 1932, p. 114 ss.; G. Scelle, —

de traités "établissant une frontière". Cette exception est conforme aux thèses suisse et française avancées devant la Cour permanente dans l'affaire des Zones franches(1), et à la décision de la Cour allemande dans l'affaire Brême c. Prusse.(2) Elle peut être justifiée par le fait qu'il s'agit de traités déjà exécutés (*Executed treaties*) par opposition aux traités exécutoires (*Executory Treaties*). (3) Autrement dit, la non-applicabilité de la règle *rebus sic stantibus* à l'égard des traités "établissant une frontière" découle de la règle elle-même, dont les effets se réalisent *ex tunc* et non *ex nunc*, c'est-à-dire qu'elle ne vise que les obligations à exécuter dans l'avenir et non les engagements déjà assumés(4)

Il faut d'ailleurs noter que le texte de l'article 59 se limite aux traités "établissant des frontières" et n'englobe pas les "traités de paix" que la doctrine traditionnelle considère comme non révisables(5) A la Conférence de Vienne d'avril 1968, la République du Viet-Nam a proposé la modification du texte pour qu'il embrasse également les traités "consacrant un règlement politique négocié" (6), et les Etats-Unis ont demandé l'introduction d'une conception encore plus large qui englobe tous les traités "déterminant une frontière ou établissant de quelque autre manière, le statut d'un territoire."(7) Les deux amendements ont été rejetés.(8) Ce rejet souligne l'attachement de la

1. C.P.J.I., Série C, No. 58, p. 136 ss.

2. Arrêt du Reichsgericht, publié dans *The Annual Digest of Public International Law Cases*, 1925—1926,

3. Voir : McNair, *op-cit.*, p. 64 ss.

4. cf. Gattand, thèse, *op-cit.*, p. 118 ss.

5. *Ibid.*, p. 202.

6. L'amendement vietnamien disposait : "A fundamental change of circumstances may not be invoked : (a) as a ground either for terminating a treaty establishing a boundary or confirming a negotiated political settlement or for withdrawing from treaty..." (*United Nations Conference on the Law of Treaties*, A/Conf. 39/C. 1/L. 299, 1 may 1968).

7. L'amendement des Etats-Unis d'Amérique disposait : "A fundamental Change of circumstances may not be invoked : a) As a ground for terminating or withdrawing from a treaty drawing a boundary or otherwise establishing territorial status.

8. L'amendement vietnamien fut rejeté par 64 voix contre 1 et 13 abstentions, tandis que l'amendement Américain fut rejeté par 43 voix contre 14 et 28 abstentions (cf. Draft Report of the Committee of the Whole, A/Conf. 39/C. 1/L. 370/Add. 1—7, p. 63).

l'article 59 est conçue comme une règle d'application générale, même si, pour des raisons purement pratiques, elle ne doit jamais s'appliquer, ou ne s'appliquer que rarement, à des traités de durée limitée ou à des traités pouvant être dénoncés par notification (1). D'ailleurs, l'expérience a démontré que la règle *r.s.s.* a été invoquée à propos des traités de durée limitée. Ainsi, dans sa résolution du 14 décembre 1932, la Chambre Française des députés a expressément invoqué la doctrine *rebus sic stantibus* à propos de l'accord franco-américain de 1926 sur la consolidation des dettes de la France.(2) De même, l'Egypte l'a tacitement invoquée à l'encontre du traité anglo-égyptien de 1936 conclu pour une période de vingt ans.(3)

D'autre part, en tant que règle objective de droit, rien n'empêche l'application de la *r.s.s.* aux traités généraux dits "traités-loi" ou traités générateurs d'un système ou d'un régime(4) C'est ainsi que le Secrétaire Général des Nations Unies a constaté la caducité des 17 engagements conclus en matière de minorités sous le contrôle de la Société des Nations.(5) Aussi, l'Union Soviétique a considéré les Conventions d'avant-guerre relatives au régime du Danube comme caduques(6)

La seule exception admise par l'article 59 concerne la catégorie

1. *Ibid.*, p. 87.

2. *J. A. Kiss*, article, *op-cit.*, p. 384 *ss.*

3. *cf. M. Shaker*, article, *op-cit.*, p. 120 *ss.*

4. On doit, par conséquent, repousser toute distinction fondée sur la nature de la convention ou sa matière. Comme M. Leca l'a bien démontré, "la distinction de Triepel entre traités-lois et traités-contrats est elle-même de peu d'intérêt juridique : il n'y a pas de différence d'essence entre les deux grands types de traités, tout accord étant la loi de contractants et formant entre ceux-ci un droit objectif et particulier" (Thèse, *op-cit.* p. 115). De même, il n'y a pas lieu de distinguer entre les traités politiques et les accords de commerce sur la base que dans le cas d'un traité "embodying a purely commercial bargain between two parties, the existence of an implied right of denunciation, upon giving reasonable notice can readily been inferred from the nature of the treaty on the ground that it requires revision from time to time in order to bring it into harmony with changing conditions" (McNair, *Law of Treaties*, London, 1961, p. 368). Les raisons qui militent en faveur d'une révision des accord de commerce sont aussi valables en ce qui concerne les traités d'ordre politique.

5. *cf. L'étude du Secrétaire Général des Nations Unies sur la protection des minorités, op-cit.*, p. 34 *ss.*

6. Voir : J.F. Trucks. R.M. Slusser, *The Theory, Law, and Policy of Soviet Treaties*, *op.-cit.*, p. 267 *ss.*

clause tacite⁽¹⁾ Il a suivi une tradition doctrinale qui limite la possibilité d'invoquer la *r. s. s.* à une catégorie déterminée des traités dits "perpétuels", c'est-à-dire aux traités qui ne prévoient pas expressément leur extinction et qui doivent être considérés *prime facie* comme valides pour une période indéfinie. Cette notion de perpétuité est critiquée sévèrement par la doctrine moderne qui la considère comme une notion vide de sens en droit, parce que les Etats ne peuvent pas plus s'interdire de terminer un traité qu'un peuple d'abroger sa constitution (2).

D'autre part, elle a abouti à l'introduction d'une nouvelle fiction dans le droit des traités selon laquelle il existe une prétendue clause tacite de dénonciation incluse dans les traités "perpétuels". (3)

Le proposition de Sir Fitzmaurice, inspirée par cette tradition contractualiste, est inacceptable si l'on voit dans la *r.s.s.* une règle coutumière de droit international, que la volonté des parties ne peut écarter. C'est pourquoi, la Commission a adopté la thèse de Sir Waldock selon lequel "aucune distinction ne doit être établie entre les traités "perpétuels" et les traités de durée limitée". (4) Ainsi, la règle énoncée dans

1. Voir : Waldock, *Annuaire*, 1963, Vol. II, p. 87 où il dit : "On peut légitimement dire, comme le fait le précédent rapporteur spécial, que l'intention des parties était d'exclure toute possibilité d'extinction antérieure au terme, si l'on considère la théorie du point de vue de la "condition tacite"; il n'en va pas de même si la théorie est conçue comme une règle de droit objective fondée, dans chaque cas d'espèce, sur l'équité et la justice."

2. Bluntschli a eu le grand mérite d'attirer l'attention sur cet aspect important, en précisant que "l'éternité des traités est aussi absurde que l'éternité des constitutions : toutes deux sont inconciliables avec le développement naturel des peuples" (cité par Cattand, thèse, *op-cit.*, p. 124.),.

3. En fait, la limitation du champ d'application de la règle *rebus sic stantibus* aux traités dits "perpétuels" s'est montrée vide de tout sens réel quand la doctrine classique introduisait "la prétendue clause tacite de dénonciation incluse dans les traités perpétuels". Selon cette conception, "certains traités de nature politique, lorsqu'ils sont conclus sans limitation de durée et ne comportant aucune disposition relative à leur éventuelle dénonciation,... (ils) doivent être présumés contenir une clause tacite de dénonciation unilatérale." (Voir l'exposé critique de J. Debaussy, "Les Traités : validité temporelle des effets des traités", *Juris-Classeur de Droit International*, Fasc. 13 D).

4. D'après Sir Waldock, "pour souhaitable qu'il soit de restreindre autant que possible le champ d'application de la théorie, nous estimons que, si l'on lui reconnaît le caractère d'une règle de droit objective, aucune distinction ne doit être établie entre les traités "perpétuels", et les traités de durée limitée. (*Annuaire*, 1963, vol. II, p. 87).

rôle à jouer en ce qui concerne les "traités-constitution" donnant naissance à une organisation internationale telle que les Nations-Unies, le GATT ou les Communautés Européennes où il faut suivre le processus institutionnel prévu pour réaliser l'adaptation nécessaire.

Quant aux problèmes posés hors le cadre de la révision institutionnalisée, le changement fondamental des circonstances peut être invoqué en tant que cause "spéciale" d'extinction. Son caractère particulier se manifeste sur deux plans :

- a) son domaine limité étant donné que certaines catégories de traité sont à l'abri de la règle *r.s.s.*,
- b) et ses effets atténués par rapport aux autres causes d'extinction où le "changement fondamental des circonstances" figure comme une règle subsidiaire qui fonctionne d'une manière non-automatique.

CHAPITRE I

LE DOMAINE DE L'ARTICLE 59

Dans le projet initial de Fitzmaurice, le règle *rebus sic stantibus* avait une portée extrêmement limitée. Elle ne pouvait être invoquée que si le traité était de durée indéterminée et ne contenait aucune disposition expresse prévoyant son expiration ou son extinction moyennant préavis. (2)

Le prédécesseur de Sir Waldock envisageait ainsi, une restriction qui ne se conçoit que dans l'optique contractualiste et volontariste d'une

1. Voir, pour une excellente analyse des clauses de révision contenues dans les différentes catégories de traités générateurs d'un système ou d'un régime : J. Leca, *op-cit.*, p. 23 *ss.*

2. D'après Sir Fitzmaurice, "les principes *rebus* ne jouent qu'à l'égard des traités qu'on qualifie parfois de "perpétuels", on peut même soutenir que le principe n'a aucune raison d'être dans le cas d'autres traités..... On peut même légitimement conclure, par voie d'interprétation, que, du moment que les parties avaient stipulé un terme, c'est qu'elles entendaient *exclure* toute extinction antérieure à ce terme, sauf en vertu d'un nouvel accord spécial ou en raison d'une violation fondamentale ou d'une impossibilité littérale d'exécution", (*Annuaire*, 1957, vol. II, para. 159, p. 71).

Par conséquent, la recherche de la volonté contractuelle reste toujours un élément fondamental dans la *rebus sic stantibus* même si on rejette la thèse d'une "clause tacite" ou "implicite". La différence entre deux thèses réside essentiellement dans le fait que d'après la conception adoptée par la Commission, ce n'est pas l'intention des parties qui sert de fondement juridique au principe *rebus sic stantibus* considéré comme une règle de droit objectif d'origine coutumière.

Méanmoins, cette intention joue un rôle important pour déterminer si le changement qui s'est produit justifie l'application *at extra* de la règle en question. Autrement dit, cette règle objective de droit joue indépendamment de la volonté des parties qui devient une simple condition pour sa mise en oeuvre.

Deuxieme Partie — La mise en oeuvre de l'Article 59

En consacrant *rebus sic stantibus* comme règle de droit objectif, l'article 59 aboutit à deux résultats importants :

1. éviter toute confusion entre "changement fondamental des circonstances" et révision ;
2. accorder au changement de circonstances une place particulière parmi les causes "spéciales" d'extinction non prévues par les parties.

En fait, il n'existe pas de limites précises entre ce que Georges Scelle appelait "le couperet de l'abrogation" par opposition à "l'orthopédie de la révision", dans la mesure où extinction et modification sont les deux aspects d'une même procédure.(1) Toutefois, en présence d'une réglementation conventionnelle spéciale concernant la révision, l'adaptation ou le retrait, la *rebus sic stantibus* est exclue.(2) Ainsi, elle n'a aucun

1. cf. G. Scelle, *Theorie juridique de la revision des traites*, Paris, 1936, p. 8.

2. La révision est donc un problème "législatif" foncièrement différent de la règle *rebus sic stantibus* qui pose un problème "judiciaire". Dans l'état actuel de la société internationale, la révision doit être prévue et réglementée par le traité lui-même. Par conséquent, M. Leca a eu raison en dénonçant ce qu'il appelle "le mythe de la révision institutionnelle" basé sur l'article 19 du Pacte de la Société des Nations et l'article (suite) 14 de la Charte des Nations Unies. "La révision institutionnelle, dit-il, qui s'inspire de l'idée d'un super Etat mondial contrôlant les normes particulières se heurte directement au fractionnement de la société oecuménique" (J. Leca, *Les techniques de revision des conventions internationales*, Paris, 1961, p. 249).

Le recours à la volonté des parties est donc indispensable au moins en ce qui concerne trois parmi les cinq conditions précitées.

En premier lieu, la détermination du caractère "fondamental" du changement introduit un certain "subjectivisme". Ainsi, Sir Fitzmaurice a proposé que "les cas de cessation ou de modification d'une situation de fait ou d'un état de choses" doivent présenter "une importance essentielle pour l'obligation conventionnelle et en fonction desquels les deux parties ont conclu le traité" (1). Son successeur a essayé d'atténuer cette approche subjective dans l'appréciation de la qualité du "facteur déterminant" incitant les parties à conclure le traité. Il a préféré que la recherche soit dirigée vers la détermination de la circonstance que les parties "auront simplement considérée comme un élément normal de la conjoncture internationale telle qu'elle se présentait à l'époque." (2)

Nous retrouvons encore le recours à la volonté dans le domaine de "l'imprévisibilité" du changement. Si les parties ont prévu le changement (soit d'une manière précise, soit à titre hypothétique), il faut supposer qu'elles ont tacitement exclu ce changement en tant que cause d'extinction, ou bien, on doit considérer que le changement lui-même n'a pas le caractère essentiel susceptible de donner naissance à une telle cause (3).

En somme, si la règle *rebus sic stantibus* est considérée dans l'esprit de l'article 59 comme une règle objective de droit, on ne peut l'appliquer à des cas d'espèce en faisant abstraction de l'intention des parties au moment de la conclusion du traité. Waldock lui-même a avoué que "la règle n'a de raison d'être que parce qu'un changement de circonstances fait, qu'au moment considéré, les obligations imposées par le traité sont fondamentalement différentes des obligations qui avaient été initialement assumées. Le problème est de définir la relation qui doit exister entre le changement de circonstances et les intentions initiales des parties, ainsi que la mesure dans laquelle le changement de circonstances doit avoir compromis la réalisation de ces intentions" (4)

1. Rapport de Fitzmaurice, *Annuaire*, 1957, *op. cit.*, par. 153, p. 69.

2. Commentaire de Waldock, *Annuaire*, 1963, *op. cit.*, par. 13, p. 88.

3. Rapport de Fitzmaurice, *Annuaire*, 1957, par. 161, p. 71.

4. *cf. Annuaire*, 1963, par. 12, p. 88.

un traité a été conclu peut rendre ce traité caduc.”(1) Le Secrétaire Général a donc considéré qu’entre 1939 et 1957, les circonstances intéressant le système de protection des minorités avaient profondément changé. Par conséquent, les engagements donnés par des Etats du temps de la Société des Nations devaient être considérés comme ayant cessé d’exister.

- i) Enfin, les commentaires et observations présentés par les différents Etats en 1966 et 1967 au sujet du texte définitif du projet de la Commission et les travaux de la Conférence de Vienne d’avril 1968 confirment la thèse de Sir Waldock concernant la base coutumière de la *rebus sic stantibus* en tant que “règle objective de droit”, étant donné que la grande majorité des Etats ont manifesté leur attachement à cette conception(2)

Toutefois, l’acceptation de la thèse de Waldock ne signifie nullement que la volonté des parties est un élément extérieur au jeu de l’article 59. Les conditions posées par cet article accordent à l’intention des parties un rôle important pour déterminer si la règle *r.s.s.* peut être légitimement invoquée en l’espèce. Cinq conditions sont nécessaires afin de pouvoir invoquer la règle, à savoir :

1. Il faut que le changement porte sur les circonstances qui existaient au moment de la conclusion du traité;
2. Il faut que le changement soit fondamental.
3. Il faut aussi qu’il n’eût pas été prévu par les parties;
4. Il faut que l’existence des circonstances dont il est question eût constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité; et
5. Enfin, il faut que le changement ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.

1. cf. „Study of the Legal validity of the undertakings concerning minorities” U.N. Doc. E/C. 4N/367, 7 Avril 1950, p. 43.

2. Voir : “Compilation analytique des commentaires et observations présentés en 1966 et 1967 au sujet du texte définitif du projet d’articles sur le droit des traités, U.N. Doc. A/Conf. 39/5 (Vol. II), 10 février 1968, p. 346 ss. et “Draft Report of the Committee of the Whole on its work at the first session of the Conference”, A/Conf. 39/C.1/L. 370/Add. 1--7, Part II, p. 60 ss.

relations politiques.(1)

- f) Les traités des capitulations ont été dénoncés par le Turquie, la Chine et l'Iran sur la base de la même règle.(2).
- g) L'Egypte a dénoncé en octobre 1951 le Traité d'Alliance anglo-égyptien de 1936 considéré comme ayant "outlived its purposes". (3) La Tunisie a invoqué en 1958 le changement fondamental des circonstances devant le Conseil de Sécurité à l'encontre du Traité franco-tunisien de 1955 en reprenant l'argument avancé devant l'Assemblée Générale des Nations-Unies en 1952 par la délégation brésilienne à l'égard des traités de 1881 et 1883 entre la France et la Tunisie(4)
- h) Une étude rédigée en 1950 par le Secrétaire Général à la demande de Conseil économique et social sur la valeur juridique des engagements concernant la protection des minorités placées sous la garantie de la Société des Nations, est arrivée à la conclusion suivante: Le droit international admet que dans certains cas, un changement essentiel des circonstances de fait dans lesquelles

1. Parmi les exemple les mieux connus, on peut citer : L'affaire de la Mer Noire en 1890, l'incident du port de Batoum en 1886, l'annexion de la Bosnie-Herzégovine par l'Autriche-Hongrie en 1908, la proclamation de l'indépendance bulgare en 1908, la répudiation par le gouvernement soviétique en 1918—1919 de traités politiques et économiques conclus par le gouvernement impérial russe, et la termination de l'autonomie de la Mongolie extérieure en 1919—1929. Voir en particulier; Cheeney Hill, *op-cit.*, p. 47 ss., et J.F. Tricka, R.M. Shuster, *The Theory, Law and Policy of Soviet Treaties*. Stanford, 1962, P. 263 ss.

2. Voir : Ting-Young, *The Doctrine of rebus sic stantibus in international law*, Shanghai, 1935, p. 12 ss.; Cheeney Hill, *op-cit.*, p. 27 ss. en ce qui concerne la termination des capitulations en Turquie (1914—1923), p. 32 ss. pour la termination de l'extraterritorialité en Chine (1926—1930), p. 36 ss. concernant la termination de la Juridiction consulaire en Pérou (1927—1928), et sur l'ensemble du problème. I. Detter, "The problem of unequal treaties", *International and Comparative Law Quarterly* 1966, pp. 1069—1989.

3. Voir : H.W. Brigge, "Rebus sic stantibus before the Security Council : the Anglo-Egyptian Question", *The American Journal of International Law*, 1949, p. 762 ss., M.I. Shaker, "Fundamental change of circumstances", *Revue égyptienne de droit international*, 1967, p. 120 ss.

4. Voir : R. Higgins, *The Development of International Law throughout political organs of the United Nations*, 1961, p. 344 ss.; et A. Lester, "Bizers and the unequal treaty theory", *International and Comparative Law Quarterly*, 1962, p. 852 ss.

sic stantibus nous nous contenterons de quelques remarques générales qui permettront de voir dans quelle mesure l'affirmation de sir Waldock est justifiée.

- a) La Cour Internationale ne s'est pas encore prononcée à ce sujet. Ayant estimé, dans l'affaire des *Zones franches*, que les faits ne pouvaient, en aucune façon, justifier l'application de la théorie, La Cour permanente a expressément réservé sa position(1).
- b) Les tribunaux suisses, allemands et américains ont estimé à plusieurs reprises que la règle *r.s.s.* est admise en droit international bien qu'ils furent amenés à juger que la règle était inapplicable compte tenu des circonstances de la cause(2).
- c) La pratique diplomatique française se montre particulièrement favorable à la règle *rebus sic stantibus*, considérée comme "une règle reconnue de droit international public".(3)
- d) Les Etats-Unis et les Etats d'Amérique Latine ont invoqué plusieurs fois le changement fondamental des circonstances pour mettre fin à des traités de commerce et de navigation.(4)
- e) La Russie, l'Empire austro-hongrois, et l'Etat Soviétique ont invoqué à plusieurs reprises la règle *r.s.s.* dans le domaine des

1. L'analyse de certains passages contenus dans l'arrêt de la C.P.J.I. (Série A/B; No. 46, pp. 156 à 158), et dans l'avis rendu au sujet des *Decrets de nationalité* (Série B, no. 4, p. 29), ont permis à Sir Waldock de préciser que la Cour Internationale, loin de rejeter le principe "*rebus sic stantibus*" semble même admettre que cette théorie est dans une certaine mesure reconnue par le droit international" (*Annuaire*, op.cit., p. 84, par 2).

2. Voir, par exemple, *Hooper c. United States*, Hudson, *Cases on International Law*, 26d., p. 930; *Lucerne c. Aargau* (1888), *Arrets du tribunal federal suisse*, vol. 8, p. 57; *Affaire Lupeschkin*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1923 — 24, affaire no. 189; *Breme c. Prusse*, *Ibid.*, 1925—26, affaire No. 226, *Rothschild and Sons c. Gouvernement égyptien*, *ibid.*, 1925—26, affaire No. 14 : *Canton de Thurgovie c. Canton 14*; *Canton de Thurgovie c. Canton de Saint-Gall*, *ibid.*, 1927 — 28, affaire No. 289; *Bertaco c. Banuel*, *ibid.*, 1935—37, affaire No. 201; *Stransky c. Zimostensko Bank*, *International Law Reports*, 1955, pp. 424 à 427.

3. cf. A. Ch. Kiss, "L'extinction des traités dans la pratique française", *Annuaire français de droit international*, 1959, p. 787 ss.

4. Voir les exposés de cette pratique dans Cheeney Hill, thèse, op.cit., p. 27 ss. et O.J. Lissitén article, op.cit., p. 902 ss.

objective du droit qui donne à l'une quelconque des parties le droit de demander l'extinction du traité si un changement essentiel de circonstances fait disparaître la *ratio juri* de la convention.

De nature extra-contractuelle, la doctrine en question met l'accent sur l'événement extérieur, le *fait condition*, qui déclenche des conséquences de droit. Selon Sir Fitzmaurice, le principe *rebus sic stantibus* est "une conséquence qui découle *naturellement* de certains événements, qu'ne relève pas d'une clause présumée ou tacite du traité, mais se trouve imposée de l'extérieur."⁽¹⁾ Toutefois, Fitzmaurice ne précise pas la source juridique qui a conféré aux événements émanant de l'extérieur la force de produire des effets juridiques; est-ce une règle de droit naturel, de droit coutumier international ou un principe général reconnu par les nations civilisées ? L'éminent juriste ne s'est pas prononcé explicitement, mais l'analyse qu'il a consacrée à la notion des "conséquences qui découlent *naturellement* de certains événements" laisse entendre qu'il s'agit d'une transposition des principes du droit français concernant l'imprévision et des principes anglo-américains relatifs à la théorie de "frustration" plutôt qu'un recours au droit naturel.⁽²⁾ Pour le deuxième rapporteur, Sir Waldock, cette "théorie est manifestement reconnue par le droit coutumier" et cela "en dépit de la méfiance qu'elle inspire, et des divergences de vues que suscitent certains de ces aspects."⁽³⁾

Faute de pouvoir discuter dans le cadre de cet exposé toutes les décisions judiciaires et la pratique des Etats concernant la règle *rebus*

1. cf. *Annuaire*, 1957, vol. II, p. 66

2. En invoquant les "principes analogues, ou principes aboutissant à des résultats très voisins, (ayant) reçu une large audience en droit privé", Fitzmaurice a précisé : "Bien que cela ne soit pas concluant..., on peut penser qu'il y a lieu de reconnaître, dans une certaine mesure, ce principe en droit international" (*Annuaire*, 1957, vol. II, p. 65). Ensuite, pour appuyer la thèse d'une "règle objective de droit", le Rapporteur ne se contente pas de prouver que cette théorie "est plus conforme aux tendances modernes... sur le plan du droit international, mais aussi dans le domaine des théories correspondantes de droit privé" (*Ibid.*, p. 67, et les décisions judiciaires récentes rendues par la jurisprudence française et anglaise citées dans la note No. 95). Enfin, pour justifier sa préférence à la thèse d'un "principe de droit relatif", il reprend les termes de Lord Sumner dans l'affaire *Hurji Mulji* "à propos de la théorie anglaise analogue de la frustration" qualifiée comme étant "un moyen grâce auquel les règles relatives aux contrats de droit strict se concilient avec une exception particulière que réclame la justice" (*Ibid.*, p. 68).

3. cf. Commentaire de Sir Waldock concernant l'article 22 de son Projet, *Annuaire*, 1963, Vol. II, p. 84.

- b) Si, par contre, les parties ont eu réellement une intention à ce sujet, que cette intention soit exprimée dans le traité ou qu'elle ressorte clairement d'une interprétation correcte du traité, il n'est nullement besoin de recourir à un principe abstrait tel que *rebus sic stantibus*. Dans de telles circonstances, le traité prendra fin du fait de sa propre interprétation et de son propre effet. Par conséquent, la théorie classique d'une clause implicite, en tant que prétendu fondement juridique du principe *rebus* aboutit en réalité à nier que ce principe ait une existence indépendante(1).
- c) Il existe de grands dangers dans le fondement intérieur en tant que clause contractuelle tacite pour la force obligatoire des traités, car, sous couvert d'interprétation, il ouvre la voie à d'innombrables et incessantes modifications. Il introduit dans les rapports interétatiques, un principe destructeur du droit conventionnel en aboutissant à ce que tout traité contiendrait le germe de sa propre destruction(2)

Par conséquent, le projet a préféré de considérer le changement fondamental des circonstances comme un principe de droit objectif relatif à l'extinction des obligations conventionnelles indépendamment de la volonté des parties, c'est-à-dire qui fonctionne sans avoir besoin d'invoquer une clause tacite comme prétexte justifiant sa mise en oeuvre.

DEUXIÈME CHAPITRE

LA THÈSE D'UNE "RÈGLE OBJECTIVE DE DROIT"

Après avoir écarté le fondement contractuel de la *rebus sic stantibus*, le projet de la Commission a adopté la thèse proposée par les deux rapporteurs spéciaux Fitzmaurice et Waldock selon laquelle on considère que le droit international impose aux parties d'un traité une règle

1. Il en résulte que le principe *rebus sic stantibus*, selon la thèse de la clause implicite, n'est qu'une simple règle technique pour l'interprétation du traité. Autrement dit, le changement fondamental des circonstances ne doit être considéré comme une cause indépendante pour l'extinction des obligations conventionnelles.

2. Après avoir cité Rousseau, qui a eu le mérite d'attirer l'attention sur cet aspect destructeur de la thèse d'une "pseudo-clause tacite", Fitzmaurice souligne "la facilité avec laquelle on peut forger des interprétations et de défendre de façon plausible des interprétations données", ce qui mène nécessairement à l'insécurité juridique (Rapport, *op. cit.*, p. 68).

ablement comme une règle d'interprétation de la volonté (article 28) (1), et le *Restatement of the Law School* concernant les relations étrangères des Etats-Unis, adopté et promulgué par l'*American Law Institute* le 26 mai 1962, l'a adoptée dans le chapitre 4 intitulé "Interprétation of International Agreement" (règle No. 153) (2). Le commentaire précise le sens de l'article comme consecration d'une "règle d'interprétation désignée pour assurer les obligations voulues par les parties, plutôt qu'un principe qui décharge une partie de l'exécution de ses obligations"(3)

Dans son rapport de 1957, Sir Fitzmaurice a reconnu que cette doctrine classique est "jusqu'à présent, dominante"(4) et son successeur Sir Waldock a constaté dans son rapport de 1963 qu'elle est certes fort ancienne" et consacrée „dans la grande majorité des ouvrages." (5) Cependant, les deux rapporteurs spéciaux se sont prononcés contre la thèse d'une clause toujours sous-entendue pour les raisons suivantes :

- a) La notion de l'intention des parties est assez fictive. Elle aboutit généralement à leur attribuer des idées qu'elles n'ont jamais eues parce que, dans la plupart des cas, les gouvernements intéressés n'auront ni prévu les changements qui se sont effectivement produits, ni même, d'une façon générale, envisagé que des changements des circonstances essentielles pourraient survenir(6)

1. Sous le titre "*Rebus Sic Stantibus*", l'article 28 dispose: "A Treaty entered into with reference to the existence of a state of facts the continued existence of which was envisaged by the parties as a determining factor moving them to undertake the obligation stipulated, may be declared by a competent international tribunal or authority to have ceased to be binding, in the sense of calling for further performance, when the state of facts has been essentially changed ..." (*Draft Conventions, Part III, Law of Treaties, 1935, p. 1080*).

2. Intitulée "Rule of *rebus sic stantibus* : substantial change of circumstances", la règle 153 dispose : "An international agreement is subject to the implied condition that a substantial change of a temporary or permanent nature, in a state of facts existing at the time when the agreement become effective, suspends or terminates, as the case may be, the obligations of the parties under the agreement to the extent that the continuation of the state of facts was of such importance to the achievement of the objectives of the agreement that the parties would not have intended the obligations to be applicable under the changed circumstances" (*Restatement Second, Foreign Law, 1965, p. 467*).

3. *Ibid.*, p. 468.

4. *Annuaire*, 1957, vol II, pars. 149, p. 67.

5. *Annuaire*, 1963, vo. II, pars. 8, p. 87.

6. cf. Fitzmaurice, Rapport sur le droit des traités, *Annuaire*, 1957, vol. II, pars. 149, p. 67.

cite".(1) Toutefois, cette option ne signifie nullement la condamnation de tout recours à l'interprétation de la volonté. Des aspects "subjectivistes" persistent dans l'article 59. (2) Ils reflètent les particularités de la règle *rebus sic stantibus* malgré sa place parmi les causes d'extinction des obligations conventionnelles. Et la question se pose maintenant de savoir dans quelle mesure l'oeuvre de la Commission a réussi la réconciliation entre les différentes thèses tout en restant fidèle aux précédents judiciaires et diplomatiques.

PREMIER CHAPITRE

LA THÈSE D'UNE "CLAUSE IMPLICITE"

D'après le *Repertoire de Droit International* de Lapradelle et Niboyet, "on considère généralement que cette subordination de la force obligatoire du traité ou changement des circonstances, résulte d'une clause tacite sousentendue dans les rapports internationaux."(3)

Cette présentation de la *rebus sic stantibus* est conforme à la tradition d'une clause ou *clausula* présumée dans chaque convention. Elle a trouvé son expression la plus parfaite en Europe chez Anzilotti et Ténékidès le père(4), et elle reste toujours la thèse quasi-officielle aux Etats-Unis.(5) Le Projet de *Harvard Law School* l'a consacrée expres-

1. D'après Sir Fitzmaurice, "il semble préférable de considérer le principe *rebus sic stantibus* comme un principe de droit objectif" (*Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1957, p. 68). Sir Waldock déclare, à son tour, que „nous nous associons également à notre prédécesseur pour recommander à la commission de se fonder sur la thèse selon laquelle le principe *rebus sic stantibus* est une règle de droit objective, plutôt qu'une présomption en vertu de laquelle l'intention initiale des parties aurait été de soumettre le traité à une condition tacite" (*Annuaire*, 1963, Vol. II, p. 86).

2. Dans son analyse critique de l'article 59, M. Lissitzyn est arrivé à la conclusion suivante : "It is apparent that Article 59 results in a piling up of subjectivities rather than their diminution" (*American Journal of International Law*, 1967, p. 915).

3. Supplément, 1934, p. 115.

4. cf. G.C. Ténékidès, article, *op.cit.*, p. 273 ss.

5. Selon Cheeney Hill, "the doctrine of *rebus sic stantibus* is based juridically upon the intention of the parties... It is not an objective rule of international law which is imposed upon the parties, but is a rule for carrying the intention of the parties into effect" (Thèse, *op.cit.*, p. 77).

clause tacite dans chaque traité qui permet sa dénonciation lorsque les circonstances qui avaient une importance fondamentale lors de la conclusion de l'accord n'existent plus.(1) Une deuxième tendance refuse toute allusion à la volonté des parties en dénonçant l'attachement aux textes des traités qui aboutit à des interprétations souvent fictives et dont les conséquences sont inacceptables(2) En effet, nombreux sont les auteurs contemporains qui acceptent *rebus sic stantibus* en tant qu'expression d'une règle juridique indépendante de la volonté des parties contractantes et qui découle de l'ordre objectif. (3) Toutefois, les opinions sont partagées sur le fondement de cette règle objective de droit. Les uns invoquent le droit de conservation exercé légitimement par l'Etat lorsque l'exécution d'un traité met en danger son existence ou ses droits fondamentaux(4). D'autres se réclament du principe de la bonne foi en considérant qu'il serait contraire à la bonne foi de demander l'exécution d'une obligation dans des circonstances qui n'étaient pas prévues au moment de la conclusion d'un traité(5) D'autres procèdent à la transposition sur le plan international des principes généralement reconnus dans les systèmes internes tels que la théorie française de l'imprévision ou le principe de "frustration" du droit angloaméricain.(6)

Face à ces opinions divergentes et ces tendances contradictoires, la Commission de Droit International a opté pour la thèse d'une "règle objective de droit" et a rejeté la thèse d'une "clause tacite" ou "implici-

1. Pour un exposé détaillé de cette tendance, voir : Chesney Hill, *The Doctrine of Rebus Sic Stantibus*, University of Missouri Studies, 1934, P. 8 ss.

2. cf. Ch. Rousseau, *Principes généraux de droit international public*, t. 1, Paris, 1944, p. 580 ss.

3. On trouvera un exposé particulièrement net de cette tendance dans : H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, London, 1959, p. 270 ss.

4. Voir, en ce qui concerne l'analyse critique de cette interprétation avancée par Kaufmann : Chesney Hill, *op.cit.*, p. 10 ss.

5. Pour l'exposé de ce fondement adopté par Le Fur et Ripert, voir G.C. Ténékides, article, *op.cit.*, p. 276 ss.

6. cf. M. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927, p. 167 ss.; et John Fischer Williams, "The permanence of treaties", *American Journal of International Law*, 1928, p. 132 ss.

raient à l'exécution des concordats(1) Saint Thomas d'Aquin l'a analysé dans la Somme Théologique et il fut également étudié dans la littérature philosophique de la Renaissance et de la Réforme(2) C'est sous l'influence des Glossateurs que la règle *rebus sic stantibus* fut introduite dans la doctrine du droit des gens pour trouver une place importante dans les oeuvres de Gentilis, de Grotius et de Vattel.(3) Sans parler des auteurs modernes, le changement fondamental des circonstances fut invoqué devant les juridictions internationales et dans la pratique diplomatique dans soixante six cas.(4)

Comment, donc, peut-on concilier cet axiome millénaire avec le vieux principe *pacta sunt servanda* ? A première vue, la règle *rebus stantibus* remplit une fonction qui est contraire à celle de la *pacta sunt servanda* (5) En fait *r.s.s.* peut réaliser le dynamisme nécessaire aux rapports juridiques si elle est appliquée d'une façon équitable et non abusive.(6)

Afin d'assurer l'existence d'un droit "efficient et en même temps équitable", les auteurs ont essayé de concilier les deux impératifs apparemment inconciliables par des voies différentes. Ainsi, une première tendance prédominante au XIXe siècle, et dont l'origine remonte à Vattel, justifie le recours à la règle *rebus sic stantibus* et les atteintes qu'elle porte au principe de l'inviolabilité des traités, par l'existence d'une

1. M. de Taube, "L'inviolabilité des traités", *Recueil des Cours de La Haye*, 1930, p. 369 ss.

2. cf. H. Lauterpacht, "Spinosa and the International Law", *The British Year Book of International Law*, 1927, p. 99 ss.

3. Voir : G. Cattand, *La clause rebus sic stantibus du droit privé au droit international*, Paris, 1922, p. 22 ss.

4. Une liste exhaustive de précédents judiciaires et diplomatiques fut dressée par Harvard Law School dans son commentaire de l'article 28, du projet élaboré en 1955 pour la codification du Droit International, pp. 1080 — 1110; et cette liste fut complétée par *The American Law Institute* dans le commentaire de la règle 153 du *Restatement of the Law Second — Foreign Relations Law*, 1965, pp. 468—473.

5. C'est pourquoi Ingrid Datter arrive à la conclusion suivante : „...; Therefore, we feel compelled to dismiss this doctrine as a separate ground for termination" (*Essays on the Law of Treaties*, Stockholm — London, 1967, p. 99).

6. D'après M. Bogaert, "nous pouvons trouver dans la règle *pacta sunt servanda* et la règle *rebus sic stantibus* les deux éléments qui doivent assurer l'existence d'un droit efficient et en même temps équitable" (article, *op.cit.*, p. 50).

de faire une œuvre scientifique en recherchant la position actuelle du droit positif afin de codifier la *lege lata* ou pour avancer quelques propositions constructives de *lege ferenda*(1).

Nous nous contenterons dans cet exposé de présenter une vision analytique et critique de ces efforts en précisant dans une première partie le fondement juridique de l'article 59 du projet, et en étudiant dans une deuxième partie les conditions de sa mise en œuvre.

Première partie : Le fondement juridique de l'Article 59

Il serait évidemment impossible de douter de la valeur primordiale de la règle *pacta sunt servanda* comme base du droit des traités. En effet, les conventions internationales constituent la principale source des règles du droit international, et sans le principe de l'inviolabilité des traités, la Communauté internationale serait privée d'une stabilité juridique qui est essentielle pour son existence.(2)

Cependant, l'histoire nous montre que la *rebus sic stantibus* est l'une des plus anciennes règles des conventions internationales.(3) Ce principe était déjà connu dans le monde hellénique. Dans la pratique de la Grèce antique, certaines procédures furent prévues pour l'adaptation des conventions aux changements importants qui pourraient intervenir dans les relations politiques (4). Egalement reconnu dans le droit de l'Islam,(5) le principe se retrouve aussi dans le droit canonique du Moyen Age et il fut invoqué à plusieurs reprises dans des litiges qui se rappo-

1. Voir : J. Dehaussy, „Les Traités”, *Juris-Classeur de Droit International*, Fasc. 12 D.

2. L'article 23 du Projet consacre explicitement la règle *Pacta sunt Servanda* considérée par le Commentaire comme “le principe fondamental du droit des traités”, Rapport de la commission du Droit International sur les travaux de sa dix-huitième session, 4 mai-19 Juillet 1966, p. 65.

3. cf. Bogaert, *op. cit.*, p. 51.

4. Voir : E. Egger, *Etudes historiques sur les traites publics chez les Grecs et les Romains*, Paris, 1866, p. 87 ss.

5. A. Mussumba, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, 1947, p. 198 ss.

Les partisans de chaque tendance essaient de trouver un appui pour soutenir leur système aprioristique dans la jurisprudence ou dans la pratique diplomatique. Ainsi, les mêmes décisions judiciaires ou arbitrales et les mêmes précédents interétatiques sont interprétés différemment par les uns et les autres pour justifier des thèses contradictoires.

Cette complexité a permis à Georges Scelle de parler, non sans quelque ironie, de "cet axiome de notre science, qui devient trop souvent le pont aux ânes de nos algèbres et le cul-de-sac de nos dissertations"(1).

En effet, il est extrêmement difficile à celui qui entend explorer un terrain si complexe de faire abstraction de toutes les considérations doctrinales qui vont de Kelsen à Alvarez. Si le premier rejette une doctrine qu'il considère comme en opposition aux buts essentiels de l'ordre juridique international, le deuxième fait de la même doctrine la pierre angulaire sur laquelle la Cour Internationale de Justice doit bâtir le nouveau droit international(2) Dans son opinion individuelle affaire Détroit de Corfou—Alvarez n'a pas hésité à déclarer : "la faculté qu'à la Cour ... de renouveler le droit international n'est que l'application dans tout ce droit de la doctrine relative à la clause *rebus sic stantibus*; le principe qui l'anime est le même : c'est un principe de justice sociale(3)".

C'est précisément à travers des prises de positions si contradictoires, et dans un domaine hautement politisé, que la Commission de Droit International a élaboré son projet(4) Au sein de la Commission et à la Conférence de Vienne, Kelséniens et Alvaréziens se sont affrontés, les uns pour défendre la stabilité des rapports juridiques et les autres pour promouvoir la "Justice sociale."(5) Mais, certains autres ont essayé

1. Note dans la *Revue Generale de Droit International Public*, 1934, p. 91.

2. cf. *Loc. cit.*, p. 248 ss.

3. *Recueil des Arrêts de la Cour Internationale de Justice*, Affaire du Détroit de Corfou, p. 41.

4. Voir : Rapport de Sir Fitzmaurice, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1957, Vol. 11, p. 64 ss.

5. Sur l'analyse critique des attitudes contradictoires soulevées par le projet de la Commission, voir : O.J. Lisitzyn, "Treated and changed circumstances (*Rebus sic Stantibus*)", *American Journal of International Law*, 1967, p. 895 ss.; et *Idem*, "Stability and change : unilateral denunciation or suspension of treaties by reason of changed circumstances", *Proceedings of the American Society of International Law*, 1967, p. 186 ss.

"LE CHANGEMENT FONDAMENTAL DES CIRCONSTANCES" (L'ARTICLE 59 DE PROJET DE LA COMMISSION DE DROIT INTERNATIONAL

Par

AFAF MOUHAMAD MOURAD MARFOUZ

*Docteur es Sciences Politiques (Paris) Chargée de recherches au centre
d'études (Al Ahram)*

La conciliation entre "stabilité et mouvement dans l'ordre juridique international", est une question fondamentale, mais très controversée. (1) Elle se pose dans la littérature juridique à l'occasion d'une maxime romaine connue sous le nom de „*rebus sic stantibus*" que les uns invoquent comme une règle générale de droit objectif consacrée par la coutume internationale, tandis que certains autres essayent de lui nier toute valeur juridique en dénonçant ses effets nuisibles à la stabilité des rapports conventionnels. (2) Une troisième tendance cherche un *modus vivendi* entre les antagonistes en proposant de réserver à *rebus sic stantibus* une place limitée dans l'ordre juridique international sous la forme d'une "clause implicite" qui découle de la volonté des parties. En invoquant une volonté plutôt hypothétique, les adeptes de cette dernière théorie, veulent tracer un chemin moyen entre la "psychose récessionniste" et l'attachement inconditionnel au *statu quo*. (3).

* Cet article est l'aboutissement d'un rapport présenté au Centre de Recherche de l'Académie de Droit international à La Haye pendant la session de l'année 1968 sous la direction de Monsieur le Professeur G. Ténékidés.

1. Voir : M. Bourquin, „Stabilité et Mouvement dans l'ordre juridique international", *Recueil des Cours de La Haye*, t. 64, 1938, p. 396 ss.

2. Pour une analyse récente de cette controverse doctrinale, voir : Poch de Cairedes, "De la clause *rebus sic stantibus* à la clause de révision dans les conventions internationales", *Recueil des Cours de La Haye*, t. 118, 1966, P. 218 ss., *sic stantibus* dans le droit des gens actuel", *Revue Générale de Droit International Public*, 1966, p. 49 ss.

3. cf. G.G. Ténékidés, "Le principe *rebus sic stantibus*, ses limites rationnelles et sa récente évolution", *Revue générale de Droit International Public*, 1934, p. 273 s.,; et J. Leca, *Les techniques de révision des conventions internationales*, Paris, 1961, sp. 234 ss.

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

**PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE**

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. HASSAN KIRA*

15 ème ANNÉE. 1970

No. 1

ALEXANDRIA UNIVERSITY PRESS

1 9 7 1

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET
ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE



Vol. XV

1970 — No. 1